

UNIVERSITE PARIS I PANTHÉON SORBONNE
UFR de droit privé

École de droit de la Sorbonne

*Thèse pour l'obtention du titre de Docteur en droit privé
Présentée et soutenue publiquement
le 24 novembre 2020 par*

Léa MOLINA

La prérogative contractuelle

Sous la direction de M. **Laurent AYNES**
Professeur émérite de l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

Membres du Jury

M. Hugo BARBIER

Professeur, Université d'Aix-Marseille

Mme. Julie KLEIN

Professeure, SciencesPo Paris

M. Yves-Marie LAITHIER

Professeur, Université Paris I

Mme. Claire SEJEAN-CHAZAL

Professeure, Université de Lille

M. Philippe STOFFEL-MUNCK

Professeur, Université Paris I

L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

À mon Directeur de thèse, Monsieur Laurent Aynès, qui m'a fait bénéficier de sa connaissance encyclopédique du droit, de son expérience, de son temps, de sa finesse d'esprit et de sa franchise. Je sais ma chance, qu'il sache ma gratitude.

À mes amis du Panthéon, Patrick, Thomas, Antoine, Frédéric, Julia, Maxime, Étienne, Benoît, Rémi, Garance, Scarlett et les autres, grâce auxquels j'ai tant appris et tant ri. Tous m'ont apporté une aide précieuse. Que Garance Cattalano et Scarlett-May Ferrié trouvent ici l'expression de ma profonde reconnaissance pour leurs relectures, leurs conseils, leur soutien et leur générosité.

À Marion Beaufiles, dont la curiosité et l'amitié ont fait de nos échanges une discussion ininterrompue depuis tant d'années qui a, sans nul doute, influencé ce travail.

À Margaux Griffon et Emma Karam-Leder dont la rigueur des corrections est à la hauteur de l'amitié que je leur porte.

À mes parents qui m'ont transmis le goût de l'enseignement et appris, entre bien d'autres choses, qu'écrire est la meilleure « façon de parler sans être interrompu »¹.

À Jean, surtout, pour avoir rendu ces six années de thèse heureuses.

¹ Jules Renard, *Journal*.

Liste des principales abréviations

<i>Adde</i>	Ajouter
AJ Contrat	Actualité juridique du contrat
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
Al.	Alinéa
Arch. philo. dr.	Archives de philosophie du droit
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
BGB	<i>Bürgerlicher Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
Ch.	Chambre
Civ.	Civil(e)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
Contrat conc. consom.	Contrat Concurrence Consommation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
Dir.	Direction
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit des sociétés
Éd.	Édition
Égal.	Également
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JCP E	La semaine juridique, édition entreprises et affaires
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JCP N	La semaine juridique, édition notariale et immobilière
JORF	Journal officiel de la République française
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro

Not.	Notamment
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
P.	Page
Préf.	Préface
Posf.	Postface
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rappr.	Rapprocher
RDC	Revue des contrats
Répert. dr. civ.	Répertoire de droit civil
Répert. proc. civ.	Répertoire de procédure civile
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev.	Revue
Rev. rech. Jur.	Revue de la recherche juridique – droit prospectif
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
V.	Voir
Vol.	Volume

Sommaire

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : EXISTENCE DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE

TITRE 1 : NOTION DE PREROGATIVE CONTRACTUELLE

Chapitre 1 : Définition de la prérogative contractuelle

Chapitre 2 : Nature juridique de la prérogative contractuelle

TITRE 2 : ADMISSION DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE

Chapitre 1 : Le permis

Chapitre 2 : L'interdit

DEUXIEME PARTIE : EXERCICE DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE

TITRE 1 : CONDITIONS D'EXERCICE DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE

Chapitre 1 : La titularité de la prérogative contractuelle

Chapitre 2 : La bonne foi

TITRE 2 : REGIME DE L'EXERCICE DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE

Chapitre 1 : Les sanctions de l'exercice

Chapitre 2 : La critique de l'exercice

CONCLUSION GENERALE

Introduction

1. « C'est ton nom seul qui est mon ennemi [...] Qu'y a-t-il dans un nom ? La fleur que nous nommons la rose sentirait tout aussi bon sous un autre nom »¹. Croyant y voir un ennemi du contrat, le législateur moderne, réformant le droit des obligations², n'a pas osé donner son nom au mécanisme qu'il consacrait pourtant en creux : la prérogative contractuelle. Si elle n'apparaît nulle part, elle se lit en filigrane à de nombreux endroits. Des pouvoirs unilatéraux sont reconnus aux contractants par le biais de dispositions spécifiques. Résiliation unilatérale, détermination unilatérale du prix, clause résolutoire, résolution par notification... les illustrations ne manquent pas³. Le législateur, sans la nommer, nous parle d'elle. C'est encore la prérogative qu'on entrevoit lorsque le législateur entreprend d'encadrer le déséquilibre significatif que créerait une clause contractuelle⁴. Son nom n'est pas dit mais qui mieux qu'elle est à même d'engendrer un tel déséquilibre ? De ces mécanismes exhalent l'effluve de la prérogative contractuelle sans jamais qu'elle soit désignée. Consacrée comme notion de droit positif par l'arrêt *Les Maréchaux*, la prérogative contractuelle a fait une entrée fracassante en droit français qui n'a pas manqué d'être commentée⁵. Des colloques lui ont été dédiés⁶. Pourtant, sa consécration laisse un goût d'inachevé car cette reconnaissance n'est

¹ W. SHAKESPEARE, *Roméo et Juliette*, 1597, Acte II, scène 2.

² Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations. Loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations.

³ Art. 1211, 1164, 1165, 1226, 1225 C. civ.

⁴ Art. 1171 C. civ.

⁵ Cass. Com. 10 juil. 2007, n° 06-14.768, *Les Maréchaux*, *Bull. civ.* IV n° 188 ; *D.* 2007. 1955, X. DELPECH ; F. ROME, « Contrat et bonne foi : l'été sera chaud » (édito), *D.* 2007. 2017 ; *D.* 2007. 2764, R. SALOMON ; *D.* 2007. 2839, P. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2007. 2844, P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2007. 2972, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD. civ.* 2007. 773, B. FAGES ; *RDC* 2007. 1107, L. AYNES ; *RDC* 2007. 1110, D. MAZEAUD ; *Dr. et patr.*, sept. 2007, p. 94, P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD. com.* 2007. 786, P. LE CANNU et B. DONDERO ; *RLDC* 2008/46, p. 6, P. DELEBECQUE ; *JCP G* 2007 Act. n° 340 p. 8, C. CHABAS ; *JCP G* 2007.II.10154, D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2007. 2394, D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD ; *Defrénois* 30 oct. 2007, n°38667-61, p. 1454, E. SAVAUX ; *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 294, L. LEVENEUR ; *Bull. Joly Soc.* 2007, n° 11, p. 1187, A. COURET. 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 », in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, LexisNexis, Dalloz, 2011, p. 61 ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 164, p. 163.

⁶ V. les interventions suivantes : T. REVET, « Propos introductif », in « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2010. 639 ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *RDC* 2010. 644 ; P. DELEBECQUE, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », *RDC* 2010. 681 ; L. AYNES, « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *RDC* 2010. 687 ; D. MAZEAUD, « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *RDC* 2010. 690 ; J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *RDC* 2010. 695 ; F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *RDC* 2010. 709 ; O. DESHAYES, « La sanction de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC* 2010. 726 ; A. BENABENT,

qu'incidente⁸. L'arrêt *Les Maréchaux* édicte, avant tout, une règle relative à la mise en œuvre du principe de bonne foi dans l'exécution du contrat. Les juges de la Chambre commerciale ont affirmé 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 ». La prérogative contractuelle se perd, ainsi, dans la complexité d'une règle énigmatique aux contours nébuleux. Elle n'est pas définie. Pourtant, si la notion est nouvelle en droit positif, elle renvoie à des mécanismes connus. Le Code de 1804 en consacrait quelques-unes, toujours dans les contrats spéciaux – comme la révocation *ad nutum* du mandataire. La jurisprudence aussi en a reconnu plusieurs. Les incarnations de la prérogative contractuelle oscillent alors entre classicisme et modernité. La clause résolutoire et la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée sont parmi les plus traditionnelles⁹. La fixation unilatérale du prix et la résolution unilatérale, en revanche, sont plus récentes¹⁰. Leur admission ne s'est pas faite sans heurts avant leur franche consécration par la réforme du droit des contrats. La prérogative contractuelle peine donc à trouver sa place. D'où vient cet embarras ? C'est qu'à première vue, elle détonne dans le paysage contractuel.

« Observations finales », in « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2010. 746. V. égal. A. BENABENT, « Présentation », in *Les nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants*, *RDC* 2018. 503 ; D. HOUTCIEFF, « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *RDC* 2018. 505 ; J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *RDC* 2018. 514 ; J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs des contractants », *RDC* 2018. 521 ; L. AYNES, « Synthèse », in *Les nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants*, *RDC* 2018. 528.

⁸ J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *op. cit.*, n° 2, p. 696 : « la définition de la prérogative contractuelle nous est donnée en négatif : un peu comme le saint suaire de Turin, c'est en regardant le négatif du cliché qu'on espère voir apparaître, en positif, la révélation de l'image recherchée ».

⁹ Pour l'admission de la force obligatoire de la clause résolutoire, V. Cass. Civ. 2 juil. 1860, *D.* 1860. I. 284. Pour la reconnaissance de la faculté de résiliation unilatérale, V. Cass. Civ. 5 fév. 1872, *D.* 1873. I. 63 ; Cass. Civ. 4 août 1879, *D.* 1880. I. 272.

¹⁰ Pour la fixation du prix, V. Cass., Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-19.653, n° 91-15.578, n° 91-15.999, n° 93-13.688 ; *D.* 1996. 13, L. AYNES ; *D.* 1997. 59, D. FERRIER ; *D.* 1998. 1, A. BRUNET et A. GHOZI ; *RTD civ.* 1996. 153, J. MESTRE ; *RTD civ.* 1997. 1, M. JEOL ; p. 7, C. BOURGEIN ; p. 19, C. JAMIN ; p. 37, T. REVET ; p. 49 D. FERRIER ; p. 67, M. PÉDAMON ; p. 75, P. SIMLER ; *RTD com.* 1996. 316, B. BOULOC ; *RTD com.* 1997. 7, C. BOURGEON ; *JCP E* 1996. II. 776, L. LEVENEUR ; *RJDA* 1996/2 chron. p. 3, M.-A. FRISON-ROCHE ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 152-155. Pour la résolution unilatérale, V. Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Tocqueville*, *Bull. civ.* I, n° 300 ; *RTD civ.* 1999. 394, J. MESTRE ; p. 506, J. RAYNARD ; *D.* 1999. 115, P. DELEBECQUE ; p. 197, C. JAMIN ; *Defrénois* 1999. 374, D. MAZEAUD.

2. **Origines de la notion de prérogative.** Issue du latin *praerogativa*, la prérogative désigne la centurie qui vote la première et, par extension, un choix préalable, un privilège¹¹. Elle continue d'être utilisée dans ce sens par la suite. Le terme rappelle l'attribut princier d'une époque révolue et l'expression de la puissance publique de l'ère moderne. Dans une perspective historique, on constate que la prérogative est, à l'origine, corrélée à la souveraineté étatique. Elle a d'abord été admise au nom de l'intérêt général. Par-delà son pouvoir exécutif, le Prince est le premier à bénéficier d'une puissance susceptible de s'imposer, non pas seulement au peuple comme entité, mais à des individus spécifiés. Elle prend la forme de prérogatives royales. Le terme apparaît comme catégorie juridique en Angleterre sous le règne de Henri III¹². Les « prérogatives absolues » du Souverain octroient, dans un premier temps, le pouvoir de dispenser de l'application de la loi. Elles s'imposent, au XIV^e siècle comme une « réserve d'autorité » ; en d'autres termes comme « un pouvoir propre, au contenu entièrement indéterminé, exercé en fonction d'un principe extérieur au droit, donc à la Constitution, et en vue d'accomplir une certaine fin »¹³. Il s'agit de reconnaître à la plus haute figure de l'État la capacité d'imposer sa volonté en transgressant les règles de droit positif dans un but déterminé. À l'origine, la prérogative royale est un pouvoir intimement lié à l'équité, prise dans son acception objective¹⁴. Le Roi doit pouvoir agir « à discrétion, pour le bien commun, et donc passer outre la loi pour promouvoir une plus grande justice et un plus grand bien »¹⁵. C'est dans l'intérêt de ses sujets et plus généralement du bien public que le Souverain peut, en cas d'urgence ou de nécessité, braver la loi. Par exemple, le droit de grâce permet d'adoucir son application rigide en suspendant son exécution. Enfreindre les règles de droit par l'exercice de la prérogative se fait donc à dessein, en supposant la mobilisation d'un intérêt extérieur, distinct de celui qui la met en œuvre. Pourtant « quand l'erreur ou la flatterie est venue à prévaloir dans l'esprit faible des Princes, et à les porter à se servir de leur puissance pour des fins particulières et pour leurs propres

¹¹ V. « Prérogative », in *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 3, A. REY (dir.), Le Robert, 2006 : Substantivation de l'adjectif *praerogativus*, « qui vote le premier », de *prae* « devant, avant » et *rogare* « interroger, consulter ».

¹² V. « Prérogative, C. COMBE, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ L'équité se définit comme un « un moyen légitime de compléter les règles juridiques ou de corriger l'application particulière d'une règle », toujours « dans la mesure où la nouveauté est conforme à l'esprit du système », V. « Équité », C. JARROSSON et F.-X. TESTU, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. Rapp. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Chapitre XIV, « De la prérogative », 1690, trad. D. MAZEL, 1795, éd. électr. par J.-M. TREMBLAY, n° 160, p. 97 : « Le pouvoir d'agir avec discrétion pour le bien public, lorsque les lois n'ont rien prescrit sur de certains cas qui se présentent, ou quand même elles auraient prescrit ce qui doit se faire en ces sortes de cas, mais qu'on ne peut exécuter dans de certaines conjonctures sans nuire fort à l'État : ce pouvoir, dis-je, est ce qu'on appelle prérogative, et il est établi fort judicieusement ».

¹⁵ V. « Prérogative, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

intérêts, non pour le bien public, le peuple a été obligé de déterminer par des lois la prérogative »¹⁶. Ainsi, le despotisme fait évoluer la prérogative : elle n'est plus un outil de tempérancement des règles de droit positif mais devient, en elle-même, une règle de droit positif au contenu déterminé.

À l'ère moderne, les prérogatives du souverain se muent en prérogatives de puissance publique. C'est à Hauriou qu'on doit l'émergence progressive de cette appellation¹⁷, d'abord qualifiées de « prérogatives de l'action administrative »¹⁸. En réalité, « la décision est l'acte typique du droit administratif »¹⁹ ; or « le pouvoir de décision unilatérale constitue une prérogative de puissance publique lorsque la décision est obligatoire pour les tiers et peut faire l'objet d'une sanction »²⁰. Contrairement à la période monarchique, la prérogative est précisée : « les privilèges découlant en soi de l'élément d'unilatéralité ont été réduits par des restrictions de nature juridique qui s'imposent à l'autorité aussi bien au niveau du contenu que de la forme au profit des administrés »²¹. Elle se justifie par la compétence étatique, garante de l'ordre public et de l'intérêt général et occupe, à ce titre, un rôle central : la prérogative de puissance publique est le critère principal du contrat administratif. Il en résulte une variété innombrable de prérogatives de puissance publique. Aux côtés des prérogatives d'action, qui exigent une décision, existent des prérogatives de protection, par exemple l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des biens affectés à la mission de service public²². Dans les contrats administratifs, les modifications unilatérales sont admises par principe²³. Le Conseil d'État a reconnu, dès le XIX^e siècle, la résiliation pour motif d'intérêt général²⁴. Dans les années 1980, il a affirmé que le pouvoir de modification unilatérale fait partie « des règles générales

¹⁶ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, op. cit., n° 162, p. 97.
, n° 162, p. 97

¹⁷ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1925. V. aussi *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, rééd. Dalloz, prés. P. DELVOVE et F. MODERNE, 2002. En ce sens, N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », in *La puissance publique*, Association française pour la recherche en droit administratif, Travaux de l'AFDA-5, LexisNexis 2012, p. 173.

¹⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 335 et s.

¹⁹ P. MOOR, *Droit administratif*, Vol. II, *Les actes administratifs et leur contrôle*, éd. Staempfli & Cie SA Berne, 1991, 1.1.1.2.

²⁰ V. B. SEILLER, « Acte administratif : identification », in *Répert. de contentieux adm.*, Dalloz, juil. 2020, n° 202.

²¹ P. MOOR, *Droit administratif*, Vol. II, *Les actes administratifs et leur contrôle*, op. cit., 1.1.1.2.

²² J. PETIT, P.-L. FRIER, *Droit administratif*, LGDJ, 13^e éd., 2019-2020, n° 46. V. aussi « Prerogatives de puissance publique », in *Dictionnaire de droit administratif*, A. VAN LANG, G. GONDOUIN, V. INSERGUET-BRISSET, Sirey, 7^e éd., 2015.

²³ Sur le principe de mutabilité en droit administratif, V. P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, Sirey, 16^e éd., 2018-2019, n° 587.

²⁴ C.E., 17 mars 1864, *Paul Dupont*, D. 1864.III.87. V. L. RICHER, F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 11^e éd., 2019, n° 491 et s. : « liée aux nécessités de fonctionnement du service public », la faculté de résiliation pour motif d'intérêt général ne peut pas faire l'objet d'une renonciation, (V. C.E., 6 mai 1985, *Association Eurolat*). Il s'exerce en contrepartie d'une indemnisation.

applicables aux contrats administratifs »²⁵. Au surplus, des personnes privées peuvent être investies de prérogatives de puissance publique, qui devient un critère de reconnaissance d'une mission de service public²⁶. La diversité et la largesse de leur champ d'application rendent toutes tentatives de définition infructueuses²⁷. Les efforts pour dresser un inventaire exhaustif semblent tout aussi vains²⁸. « Au fond, les prérogatives de puissance publique apparaissent encore et toujours comme la traduction d'un pouvoir mystérieux, un pouvoir revêtant des formes diverses, manifestant une puissance que l'on dit *souveraine* et dont certaines personnes morales, aussi bien publiques que privées, disposeraient de façon privilégiée pour la satisfaction d'un intérêt que l'on dit général »²⁹. Tout au plus peut-on s'accorder sur certains signes distinctifs. La principale renvoie à son unilatéralité qui, en droit administratif, exprime l'*imperium* étatique³⁰. La prérogative de puissance publique est dite « exorbitante » en cela qu'elle est un monopole qui tranche avec les règles de droit positif applicables à tous les sujets. Selon Hauriou, « le droit administratif n'est indépendant du droit commun que dans la mesure de la prérogative »³¹. Elle est un avantage dont seul son détenteur bénéficie. Par là même, la prérogative traduit une inégalité qui incarne l'indivisibilité de la *res publica*. En définitive, la prérogative appartient à la puissance publique parce qu'elle incarne la puissance, qui ne peut être que publique. « Les prérogatives de puissance publique ne sont pas conçues comme la propriété subjective d'un seigneur, c'est-à-dire d'une "puissance privée en son domaine", elles sont reliées à une entité objective en tant que celle-ci incarne la chose publique »³². Que vient faire, alors, la prérogative dans les rapports contractuels de droit privé ?

3. Antagonisme de la prérogative et du contrat de droit privé. Ainsi comprise dans sa dimension historique, la prérogative est incompatible avec le droit privé. Puisque la prérogative appartient à la puissance publique, elle est l'expression d'une autorité qui se

²⁵ C.E., 2 févr. 1983, *Union des transports public*, n° 34027 ; *RFDA* 1984. 45, F. LLORENS s. V. L. RICHER, F. LICHERE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, n° 521 et s.

²⁶ T. confl., 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac* ; S. 1900.3.49, M. HAURIOU. C.E., 20 déc. 1935, *Établissement Vézia* ; *RD publ.* 1936. 119, concl. LATOURNERIE. V. aussi C.E., 31 juil. 1942, *Monpeurt* ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 20^e éd., 2015, n° 49.

²⁷ A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, préf. S. BERNARD, avant-propos B. STIRN, LGDJ, 2009, n° 6 et s., p. 4 et s.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *op. cit.*, p. 176.

³⁰ N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *op. cit.*, p. 179.

³¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 335

³² N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *op. cit.*, p. 180.

justifie par le bien commun. Par conséquent, sa présence dans les rapports privés détonne. Face à l'édifice contractuel classique, une résistance est constatée : la prérogative contractuelle se présente, sans cesse, comme une aporie. Dans la « théorie générale du contrat »³³, les *parties* sont « partie à » un tout qui les absorbe. Étudiant la conception du contrat dans la pensée juridique de ses contemporains, Rouhette a mis en lumière l'assimilation du procédé de création du contrat et de l'acte lui-même. La confusion entre sa genèse et son contenu fait du contrat l'accord de volontés et de l'accord de volontés le contrat³⁴. Il en résulte que l'autonomie de *la volonté*³⁵ est, en fait, autonomie de l'accord *des volontés*, dont les individualités se brisent sur l'autel du syncrétisme pour former une entité qui soumet ses géniteurs. Dans la phase de formation du contrat, l'unilatéralité des vouloirs est niée au profit d'une théorique union. La conception romanesque de cette jonction quasi mystique a progressivement été limitée : le contrat se crée par le « rendez-vous » des volontés plutôt que par leur « fusion »³⁶. Le développement des notions d'offre et d'acceptation participe de cette tendance. Ainsi, la Cour de cassation déclare-t-elle en 1924 que « tout contrat exige essentiellement le concours de deux ou plusieurs déclarations de volontés »³⁷, admettant par là même que « si l'on ne consent pas seul on est bien seul à émettre un consentement »³⁸. Pour autant, « le consentement n'a de sens qu'en considération de ce qui va le dénaturer, anéantir son unilatéralité, c'est-à-dire l'échange des consciences qui déclenche la puissance des volontés s'aliénant dans le lien contractuel. Le consentement s'anéantit dans le

³³ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997, n° 531, p. 345 : « La formule "théorie générale du contrat" désigne en réalité une activité doctrinale de connaissance du contrat et le produit de cette activité, c'est-à-dire une vision du contrat acquise au terme des recherches consacrées à cet acte ».

³⁴ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, n° 88 et s., p. 339 et s. (Partie II) : « Réduite à ses composants essentiels et formulée en les termes les plus généraux, la définition du contrat tient en peu de mots : le contrat est un accord de volontés productif d'effets de droit. Si des oppositions très profondes et très vives se manifestent quant à l'efficience de l'accord [...] du moins toutes les définitions reposent-elles sur l'accord ».

³⁵ L'autonomie de la volonté s'entend indépendamment du désaveu normativisme qu'on lui connaît ici. Rouhette a réfuté le rôle de la volonté dans la création du contrat à laquelle il substitue la notion d'intérêt. Sans aller jusqu'à cet « objectivisme » (V. F. CHENEDE « La notion de contrat », in *Hommage à Geroges Rouhette*, Association Henri Capitant, Dalloz, 2013, p. 25, spéc., p. 36), la théorie de l'autonomie de la volonté a été efficacement remise en cause au profit d'un normativisme plus ou moins marqué (V. en particulier H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Arch. philo. Dr.*, 1940, p. 33. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, *Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912). Toutefois, dans son acception la plus neutre, l'autonomie de la volonté se présente comme la *nécessité* du vouloir pour former l'acte juridique, indépendamment de sa *suffisance*, qui peut être affirmée par référence à l'actuel art. 1101 C. civ. Dans le même sens, P. ANCEL, « Sur une approche nominaliste du contrat », in *Mélanges en l'honneur de F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 5, spéc. p. 9-10.

³⁶ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.*, n° 98-99, p. 364-365.

³⁷ Cass. Civ. 16 avr. 1924, *D.* 1924. 329.

³⁸ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.*, n° 107, p. 389.

contrat. Son unilatéralité est confondue par et dans la bilatéralité contractuelle »³⁹. Ce faisant, le contractant ne trouve sa place qu'en tant qu'élément d'une chose sur laquelle il n'est plus maître d'agir. « Si l'essence du contrat gît dans l'accord, chaque manifestation de volonté n'est qu'une étape, qu'il faut s'empresser de brûler ; bientôt elle se perdra dans l'accord, elle dépouillera une individualité éphémère »⁴⁰. Par conséquent, le contrat est vu comme un événement fugace qui se consume dans l'instant de sa création⁴¹, au point que Demogue se demandait, en 1911, si « le plus sage ne serait pas d'interdire toute opération juridique à longue durée »⁴². Le souci de l'intérêt futur lui semble alors insaisissable et inconciliable avec l'intérêt présent. En effet, la confusion entre la source de l'acte et l'acte lui-même n'est pas vierge de conséquences. Elle se fait au détriment de la conceptualisation des effets du contrat⁴³. Selon l'ancien article 1101 du Code civil, le contrat est créé pour s'obliger à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. « Si le contrat ne sert à rien d'autre qu'à mettre au monde des obligations, il s'épuise dans cette fonction. Aussi bien peut-on estimer, dans la rigueur des principes, que contrat ou convention, il ne dure pas plus que les autres actes juridiques : le temps nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Destiné à porter des obligations, il ne saurait survivre à leur naissance »⁴⁴. La force obligatoire et l'intangibilité de son contenu s'analysent, dès lors, comme les conséquences logiques de cette vision du contrat, dont la révocation par consentement mutuel est une « suite nécessaire »⁴⁵. La prérogative contractuelle en tant que produit d'une volonté solitaire n'y trouve, corrélativement, qu'un maigre espace pour se développer.

4. Généralisation de la prérogative dans les rapports contractuels de droit privé. Malgré l'apparent oxymore que recèle la notion de prérogative contractuelle, la multitude de ses manifestations empêche de la concevoir comme un phénomène accidentel. La prérogative semble être partout et la réforme du droit des contrats a entériné ce sentiment. Le législateur a octroyé la prérogative de résolution par notification à tous les contractants : chaque partie est susceptible d'en user ou d'en faire les frais. Par là même, il n'existe

³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1999, p. 21, n° 3, p. 22.

⁴⁰ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit., n° 107, p. 390.

⁴¹ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », in *Le temps et le droit*, Association Henri Capitant, t. XVIII, Dalloz, 2014, p. 43, spéc. n° 13 et s., p. 52 et s.

⁴² R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, rééd. Dalloz, 2011, p. 180.

⁴³ V. en particulier, R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211.

⁴⁴ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », op. cit., n° 10, p. 219.

⁴⁵ H. BATIFFOL, « La “crise du contrat” et sa portée », *Arch. philo. dr.*, 1968, p. 20

désormais plus de contrat dénué de prérogative contractuelle. En outre, l'étude de la jurisprudence montre que les contrats regorgent de manifestations de la puissance unilatérale. En cela, la consécration formelle de la prérogative contractuelle par l'arrêt *Les Maréchaux* fait écho à la pratique contemporaine. C'est aux contractants eux-mêmes que l'on doit l'extraordinaire développement de ces « clauses de pouvoir »⁴⁶. Option, agrément, rachat préférentiel, dédit, substitution et résiliation s'amoncellent dans les contrats les plus divers. On constate que « l'unilatéralisme est répandu dans la pratique contractuelle, la répulsion traditionnelle du droit français à son endroit n'ayant pas suffi à l'éradiquer »⁴⁷. Si la chose n'est pas nouvelle – certaines prérogatives sont anciennes – on ne lui en donnait pas le nom. Une fois la chose nommée, on s'aperçoit alors pleinement de son expansion.

5. Unité conceptuelle des prérogatives contractuelles. La liste des prérogatives contractuelles qui semblent admises en droit positif est bigarrée, au point qu'on se demande si elles méritent d'être réunies sous un nom générique. Par l'arrêt *Les Maréchaux*, les juges de la Chambre commerciale ont créé une notion unique qui renvoie, au premier abord, aux droits les plus divers. Qu'y a-t-il de commun entre la vente à réméré, dont Domat parle dans ses *Lois naturelles*⁴⁸, et la détermination unilatérale du prix, admise à la toute fin du XX^e siècle ? En outre, que signifie qu'on appose à la prérogative ce caractère « contractuel » ? Qu'est-ce même qu'un droit « contractuel » ? Les hypothèses se bousculent : s'agit-il d'un droit qui existe en vertu du contrat ou d'un droit qui participe du régime légal du contrat ? Est-ce une composante du contrat ou demeure-t-elle en marge de la convention, comme un élément adventice au contrat ? Le mystère demeure. En dépit de ces hésitations, la doctrine retient unanimement la dimension unilatérale de son mécanisme. Les prérogatives contractuelles seraient des manifestations de l'unilatéralisme dans le contrat⁴⁹. Néanmoins, l'unilatéralité peut se comprendre de multiples manières. La clause limitative de responsabilité peut être stipulée en faveur d'une seule des parties, ce qui lui donne un avantage unilatéral. En revanche, ce privilège ne nécessite pas un acte unilatéral pour produire son effet. À l'inverse,

⁴⁶ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. AYNES, postf. F. TERRE, LGDJ, 2012.

⁴⁷ T. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 887, spéc. n° 3, p. 891.

⁴⁸ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, 2^e éd., Paris 1723, p. 87.

⁴⁹ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020, n° 269. L. AYNES, « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *op. cit.*, n° 10, p. 689. T. REVET, « Propos introductif », *op. cit.* n° 2, p. 641. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 167. J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *op. cit.*, n° 3, p. 696. V. aussi « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », in *Dictionnaire du contrat*, D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC, LGDJ, 2018.

la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée appartient à toutes les parties mais sa réalisation exige un acte unilatéral. De surcroît, Monsieur Encinas de Munagorri a établi la multitude des actes unilatéraux dans les rapports contractuels⁵⁰ : leur disparité empêche d'y voir une catégorie de droits identiques. Au surplus, les fonctions que ces étranges pouvoirs remplissent dans le contrat sont variées. Certains permettent la continuité du lien contractuel, comme la renonciation à la condition pendante, tandis que d'autres y mettent fin, telle que la faculté de rétractation. Certains complètent le contrat, comme la détermination unilatérale du prix, alors que d'autres modifient une règle préalablement fixée, à l'image du choix contenu dans l'obligation facultative. L'unité conceptuelle de la prérogative contractuelle n'a donc rien d'évident.

Si des caractéristiques plus précises de la notion doivent être envisagées, c'est surtout autour de la fonction que ces droits remplissent dans le contrat qu'une harmonie peut se faire jour. À cet égard, Monsieur Stoffel-Munck a développé dans sa thèse de doctorat la notion d'abus de prérogative contractuelle⁵¹. Elle est alors comprise comme un droit-fonction, ordonné à une fin qui lui est extérieure et dont l'abus se matérialise par le détournement de cette fonction. En ce sens, on peut penser que derrière le nom de prérogative contractuelle, il y a des droits qui procèdent d'une même finalité, d'une même utilité, dans le contrat. Si tel est le cas, l'unité conceptuelle de la prérogative pourra se révéler.

6. Justification rejetée : la poursuite d'un intérêt supérieur. À l'image des prérogatives de puissance publique, l'existence des prérogatives contractuelles pourrait trouver une explication dans la défense d'un intérêt supérieur. Cette explication se vérifie lorsque l'existence de la prérogative est le fait du législateur et qu'elle survient dans des contrats animés par une inégalité marquée. Destinée à rétablir un rapport de forces équivalentes entre les parties, la prérogative procède, ici, du constat de relations particulièrement déséquilibrées. Ce discernement est relativement récent. « Le contrat est traditionnellement conçu comme un lieu d'égalité, et dès lors un terreau *a priori* peu favorable au développement de pouvoirs contractuels »⁵². Cependant, les juristes sont revenus de ce

⁵⁰ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996.

⁵¹ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. BOUT, LGDJ, 2000, spéc. n° 634 et s., p. 467 et s.

⁵² D. GALBOIS, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, dir. Y. LEQUETTE, th. dactyl., Paris II, 2018, n° 785, p. 596.

mythe qui sous-tendrait les rapports entre les parties⁵³. « L'inégalité des contractants ne saurait être par elle-même suspecte, parce que cette inégalité est fatale et qu'elle existe dans tous les contrats »⁵⁴. La désintégration de cette fable égalitaire a conduit à identifier certains contrats, porteurs d'un déséquilibre manifeste. Sous l'impulsion de Saleilles, la doctrine de la fin du XIX^e siècle s'intéresse aux « contrats d'adhésion »⁵⁵. Ce n'est que dans les années 70, néanmoins, que des « droits-fonctions » se développent, liés à la nécessité de protéger une partie compte tenu de sa position de faiblesse. L'ordre public est au cœur de ces considérations pour lesquelles le droit de la consommation est novateur⁵⁶. Des prérogatives sont accordées à l'image des facultés de rétractation. Elles sont jugées « nécessaires par un tiers au rapport contractuel, afin [...] de rééquilibrer une situation en faveur de l'un des contractants »⁵⁷. La nécessité d'harmoniser les forces en présence au nom d'un intérêt collectif qui tend vers l'intérêt général rend tolérables ces pouvoirs dans le contrat⁵⁸. Ces prérogatives agissent comme un instrument de lutte contre la domination factuelle qui s'insinue dans le rapport des parties. On sait qu'« entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »⁵⁹. Le pouvoir permet de combattre le pouvoir⁶⁰. La prérogative contractuelle trouve ainsi une place dans les rapports déséquilibrés où elle joue un rôle de régulateur. Ne serait-elle tolérable alors que quand elle a vocation à remédier à une inégalité ? On a vu, pourtant, que la prérogative survenait dans les rapports contractuels de gré à gré. Des propositions doctrinales ont tenté de lui conférer une justification qui repose, elle aussi, sur un intérêt supérieur. Monsieur Lokiec a développé une conception du pouvoir unilatéral dans le contrat justifié par le bien commun⁶¹. Récemment,

⁵³ V. par ex. D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003. 295, spéc. n° 2.

⁵⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n° 58 p. 101.

⁵⁵ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, F. Pichon, 1901, n° 89 et s., p. 229 et s.

⁵⁶ V. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^e éd., 2015, n° 1. G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répert. du notariat Defrénois, 1979, p. 95.

⁵⁷ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 747, note 8, p. 749.

⁵⁸ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 42, p. 38 : la notion d'intérêt collectif n'est « pas synonyme d'intérêt général, plus large » mais « il faut garder à l'esprit que certains intérêts collectifs sont, du moins quantitativement, très proches de l'intérêt de tous les citoyens et donc quantitativement difficile à distinguer de l'intérêt général. Il en va souvent ainsi des questions relatives aux consommateurs ».

⁵⁹ H.-D. LACORDAIRE, « Sermon à la Chaire de Notre-Dame », 1848, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, T. III, Paris, éd. Ambroise Bray, 1855, p. 246.

⁶⁰ H. TEMPLE, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1068 : « après avoir suscité des controverses, voire des passions, lors de ses premières manifestations, le droit de la consommation est aujourd'hui accepté pour ce qu'il est : un nécessaire contre-pouvoir ».

⁶¹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 2004, spéc. n° 233 et s., p. 171 et s.

Monsieur Cassiède a proposé de concilier le contrat et le pouvoir au travers de la prise en compte de l'intérêt du cocontractant⁶². Le pouvoir contractuel est perçu comme « l'aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »⁶³. Le titulaire de la prérogative serait ainsi contraint d'agir avec altruisme, dans le respect de l'intérêt de l'autre partie. Dans ces conceptions, la prérogative de puissance privée se différencie peu de son ancêtre, la prérogative de puissance publique.

Pourtant, appréhender la prérogative contractuelle comme un pouvoir altruiste ne convainc pas. La raison d'être de la prérogative est au cœur du questionnement or, pourquoi une partie accorderait-elle à l'autre le droit de décider pour elles deux ? D'autres mécanismes conjoints existent pour adapter le contrat dans le respect des intérêts de toutes les parties en présence. C'est le cas du *mutuus dissensus*, de l'avenant et des clauses de renégociation. Ces techniques évitent de déléguer à un contractant aux intérêts *a minima* potentiellement divergents un pouvoir commun et s'avèrent donc moins risquées. Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence ne va pas dans le sens de cette conception altruiste de la prérogative contractuelle. Elle ne permet pas non plus de penser que la prérogative contractuelle vise la défense du contrat lui-même plutôt que celle de l'intérêt d'une partie. Le régime de la clause résolutoire, par exemple, n'exige pas que la résolution soit mise en œuvre dans l'intérêt du débiteur. La résiliation a vocation à mettre fin au lien contractuel, non à le sauver. Que l'abus soit prohibé dans l'exercice de la puissance décisionnelle, voilà qui est certain. Toutefois, cet aspect concerne sa mise en œuvre ; il ne signifie pas que la raison d'être de cette puissance réside, réciproquement, dans la prise en considération des intérêts d'autrui. « Toute liberté incorpore une sauvegarde subreptice qui vient en limiter l'expansion, dès lors qu'elle préjudicie aux intérêts des tiers. De la même façon, tout droit subjectif qui confère la plénitude d'action la plus apparente à son titulaire est borné par la possibilité d'un excès »⁶⁴. Le rejet de l'arbitraire ne signifie pas nécessairement qu'il faille agir dans un intérêt distinct. C'est confondre la fonction de l'existence du droit dans le contrat et les règles qui organisent son exercice. Ainsi, la puissance n'est pas le monopole du souverain : la prérogative est partout, sans qu'on puisse pour autant légitimer sa présence au nom d'un intérêt supérieur. Incarnerait-elle une anomalie qu'on ne pourrait que constater à défaut d'expliquer ? Il s'avère que l'analyse qui consiste à

⁶² M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels, Étude de droit privé*, dir. L. SAUTONIE- LAGUIONIE, th. dactyl. Bordeaux, 2018.

⁶³ E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Économica, 1985. n° 75 p. 53.

⁶⁴ R. LIBCHABER, « Persistance et renouvellement dans l'analyse de l'abus de droit », *RDC* 2019/3. p. 33.

voir dans la puissance contractuelle un pouvoir philanthropique est infondée. Force est de constater que la décision a une finalité individuelle, une vocation égoïste. La défense d'un intérêt supérieur n'est donc pas, à l'inverse du droit public, la justification de l'existence des prérogatives de droit privé.

7. Justification rejetée : la durée du contrat. La présence de la prérogative contractuelle dans les rapports de droit privé pourrait trouver une explication propre à la durée du contrat dans lequel elle survient. La consécration séculaire de la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée et son admission unanime⁶⁵ peut laisser penser que seul le contrat de longue durée est concerné par la prérogative. En outre, le législateur de 1804 l'a admise dans les contrats spéciaux, pour lesquels le modèle-type de l'échange instantané n'avait pas cours. Par exemple, l'article 1736 du Code Napoléon autorise le congé lorsque le bail est à durée indéterminée. Néanmoins, la justification tirée de la durée du contrat s'avère erronée. La faculté de rachat apparaît dans la vente alors même que le contrat a déjà fini d'être exécuté. Il en va de même pour la clause d'essai. Le législateur n'a pas non plus subordonné la résolution par notification à la longévité du rapport contractuel, pas plus que la détermination unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service. La prérogative est présente dans les contrats de courte durée et les parties stipulent ces clauses sans se soucier de la longévité de l'exécution du contrat. Manifestement, cet élément s'avère insuffisant pour expliquer la présence de plus en plus fréquente des prérogatives contractuelles.

Les parties bénéficient de pouvoirs unilatéraux sans qu'aucune explication s'impose aisément. Il est, alors, permis de s'interroger : « comment deux individus rationnels, c'est-à-dire calculateurs et à la recherche de leur intérêt personnel, pourraient-ils accepter de rentrer dans une relation contractuelle incomplètement spécifiée, ce qui les mettrait à la merci de l'opportunisme de leur partenaire [...] ? Ainsi posé, le problème paraît insoluble »⁶⁶. Monsieur Faverau fait le constat suivant : « tous les jours, dans nos sociétés, des gens ordinaires, qui ne sont ni des saints ni des fous, signent des contrats incomplets, dont seule une fraction

⁶⁵ La consécration du caractère constitutionnel de la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée entérine cette admission. V. Cons. Const., 9 nov. 1999, DC n° 99-419, *PACS*, *JO* 16 nov. 1999, p. 16962.

⁶⁶ O. FAVERAU, « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économiste », in *Droit et économie des contrats*, dir. C. JAMIN, LGDJ 2008, p. 22, spéc. n° 73, p. 32. Adde ALAIN, *Histoire de mes pensées*, Gallimard, 1936, p. 77.

suscitera des conflits soumis au juge. Par conséquent, l'hypothèse la plus raisonnable pour l'économie des contrats est que ce problème est beaucoup moins compliqué dans la réalité qu'il l'est dans la théorie, puisqu'apparemment ce que les économistes mathématiciens les plus talentueux n'arrivent pas à résoudre, les agents économiques les plus ordinaires y parviennent sans avoir conscience de leurs exploits ! Bref la solution existe et elle est si simple que nul ne lui prête attention. Comme dit Alain, "le plus difficile au monde est de dire en y pensant ce que tout le monde dit sans y penser" »⁶⁷.

8. **Justification retenue : la fonction d'adaptation du contrat.** Si la durée du contrat ne justifie pas la prérogative contractuelle, l'appréhension du temps contractuel se révèle, néanmoins, primordiale. En effet, la maîtrise de l'avenir semble au cœur des préoccupations. Il s'agit toujours de permettre à un contractant d'envisager une difficulté par avance afin de pouvoir la régler en temps voulu, peu importe que le contrat soit en cours d'exécution ou qu'il ait fini d'être exécuté. Face au « règne du provisoire et de l'instable »⁶⁸, le contractant veut s'assurer une capacité de contrôle sur sa propre sphère juridique. Si la prérogative contractuelle ne s'inscrit pas nécessairement dans un contrat de longue durée donc, elle paraît en revanche vouée à permettre de domestiquer un futur inconnu. Ce faisant, c'est la conception même du contrat qui se trouve remise en question. En effet, le contrat est classiquement conçu comme un acte de prévision⁶⁹, garant de la stabilité et de la sécurité juridique des parties. Pourtant, tout prévoir suppose une omniscience chimérique. Il faut se résigner à l'imprévisibilité du lendemain ; la prérogative contractuelle puise sa raison d'être dans ce constat. En vérité, « si la prévision consistait réellement pour les parties à se projeter dans l'avenir, elle supposerait [...] de prévoir des mécanismes permettant de pallier l'incertitude fondamentale du devenir »⁷⁰. Telle est la fonction de la prérogative contractuelle. Plutôt que de tout chercher à prévoir, il faut anticiper ce qui est incertain pour autoriser l'adaptation de la situation juridique quand elle sera nécessaire. On pourrait objecter que d'autres mécanismes d'adaptation existent, comme l'avenant et la clause de renégociation, mais ceux-ci exigent un renouvellement du consensus, un nouvel accord de volontés. Ils s'avèrent donc, souvent, inefficaces. À cet égard, on a souvent dit qu'il est « bien plus naturel

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ R. DEMOGUE, « Des modifications au contrat par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907. 245, spéc. p. 262.

⁶⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Larose, 1910, p. 106 : le contrat est « l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits en les intégrant d'avance dans un acte de prévision ». H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 643.

⁷⁰ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, n° 9, p. 49.

à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux »⁷¹. D'ailleurs, les parties sont les pygmaliens de leur contrat : ne le façonnent-elles pas à leur image et selon leurs besoins ? C'est que le contrat n'est plus une rencontre éphémère d'intérêts convergents. Il est une alliance qui ne suppose pas de nier les fluctuations de toutes sortes qui influencent les intérêts de chaque contractant au cours du temps. En ce sens, il apparaît que personne ne renonce à son intérêt en contractant. Bien au contraire, la conclusion du contrat par une partie permet de servir son intérêt ; rien d'étonnant, alors, à ce que le service de cet intérêt demeure présent une fois entré dans l'étape de l'exécution du contrat. La nécessité d'un mécanisme d'adaptation souple qui permette à une partie, au cours de la relation contractuelle, d'agir sur le contrat pour faire perdurer son utilité se comprend. L'admission de la prérogative laisse penser que le contrat est devenu un acte d'anticipation, qui mêle prévision et adaptation. Ce faisant, la pénétration de la puissance unilatérale dans le champ contractuel suppose de renoncer à l'image ancestrale de cette illusoire fusion des volontés promotrice de règles intangibles. Certes, la fin du XX^e siècle a été marquée par une évolution de la conception du contrat, mais elle est insuffisante pour accueillir pleinement le développement des prérogatives contractuelles. Face aux différentes « crises » qui l'ont animé⁷², le contrat s'est peu à peu présenté comme une entité distincte de son mode d'élaboration. Son exécution est devenue un objet d'étude central et on a constaté une diversification de son contenu⁷³. L'allongement de sa durée a entraîné un changement de paradigme dans la théorie générale du contrat : de technique d'échange instantanée, il devient un lien, une relation entre des personnes⁷⁴. Néanmoins, l'unanimité des volontés se trouve toujours chargée d'une symbolique censée exprimer « l'âme »⁷⁵ du contrat. Aussi, « l'unilatéralisme, dans l'ordre des représentations mentales, heurte toutes sortes de principes, explicites ou implicites, en tous cas issus de la philosophie du contrat »⁷⁶. Accorder des effets à la volonté unilatérale d'un contractant suppose de désacraliser certaines des affirmations les plus solidement ancrées dans notre droit. Un schisme s'opère entre l'évolution de la représentation que l'on se fait du

⁷¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, Les obligations*, Quadrige, PUF, 2004, n° 933. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *op. cit.*, n° 37 et s., p. 673 et s.

⁷² H. BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », *op. cit. La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2002.

⁷³ V. en particulier, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999. 771. R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*,

⁷⁴ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004. 47.

⁷⁵ M. VILLEY, « Préface historique à la notion de contrat », *Arch. philo. dr.*, 1968, p. 1 (qui critique cette conception).

⁷⁶ P. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 87, spéc. p. 90.

contrat et les principes traditionnels qui continuent de déterminer son régime. Le nouvel article 1101 du Code civil fait perdurer la conception du contrat comme accord de volontés centré sur la notion d'obligation, au prix de la diversification de ses effets. Le nouvel article 1193 du Code civil proclame, à l'instar de l'ancien article 1134 alinéa 2, que les « contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties », hors les causes que la loi autorise. La présentation du contrat contemporain reste donc celle d'un « acte de prévision » immuable dans toutes ses stipulations qui, pour être adapté, nécessite un nouveau consensus entre les parties. Une distorsion entre la théorie générale du contrat et sa réalité pratique se fait sentir. « Il est un phénomène curieux à observer, fruit du heurt des idées nouvelles avec les conceptions traditionnelles, qui consiste dans la survivance des conséquences de théories vieilles et condamnées, si vivaces qu'elles font obstacle au complet développement des conceptions nouvelles, pourtant admises, qui leur ont succédé »⁷⁷. En ce sens, les prérogatives contractuelles pourraient manifester, dans la sphère du contrat, un phénomène naturel. Loin d'être exceptionnelles, elles seraient inhérentes au tissu contractuel. Dès lors, la question n'est plus de savoir si la prérogative est tolérable dans le contrat mais celle de savoir si le contrat devient tolérable grâce à la prérogative. En tant qu'outil privilégié pour adapter le contrat au cours du temps, elle s'annonce comme une technique contractuelle aussi indispensable qu'ordinaire.

9. **Particularisme de la prérogative contractuelle.** Une fois la normalité de la prérogative contractuelle admise, celle-ci est soumise aux principes qui irriguent les rapports contractuels eux-mêmes. Dès lors, pourquoi la prérogative devrait-elle être traitée différemment des autres clauses ? Alors qu'elle est stipulée par les parties, faudrait-il envisager d'encadrer sa validité ? La liberté contractuelle est reine en ce domaine. Traiter de l'existence de la prérogative dans le contrat pourrait ainsi sembler sans fondement. De la même façon, la prérogative contractuelle devrait, comme toutes les autres stipulations, être pourvue de force obligatoire sans plus de question. Pourtant, le législateur de la réforme a introduit la prohibition des clauses abusives en droit commun. En outre, l'arrêt *Les Maréchaux* a consacré la notion de prérogative contractuelle au travers de son « usage déloyal » et de la sanction qu'il faut lui associer. Une défiance se fait sentir, qui s'explique par la spécificité du mécanisme en jeu. D'une part, la prérogative contractuelle permet à une personne de faire valoir sa volonté unilatérale ce qui, en théorie, ne présente pas de

⁷⁷ C. THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n° I.

particularité⁷⁸. La puissance unilatérale d'un individu n'est jamais déniée tant qu'elle ne concerne que son auteur. Cependant, les sphères juridiques des individus ne sont pas imperméables les unes aux autres ; celles des contractants s'entrelacent à la manière d'anneaux borroméens. Dès lors, la prérogative contractuelle a des implications sur autrui. La crainte de voir « l'une des parties sous la férule de l'autre »⁷⁹ conduit à considérer que les « dangers sont [...] bien réels pour le contractant, soumis à la puissance de son partenaire »⁸⁰. Ce faisant, la prérogative est « d'emblée suspecte »⁸¹. D'autre part, la prérogative est un acte d'adaptation du contrat qui permet de modifier l'ordre préexistant. Son exercice est donc différé dans le temps de la conclusion du contrat. C'est alors la force obligatoire des autres stipulations du contrat qui entrent en collision avec la mise en œuvre de la prérogative. Ces éléments conduisent à envisager des règles de validité et d'exercice pour la prérogative contractuelle. Elle suppose un régime propre à limiter les dérives qui peuvent en découler.

10. Validité des prérogatives contractuelles. Le refus d'orchestrer des mécanismes de domination par lesquels une partie serait à même d'exploiter l'autre explique les tentatives d'enrayement de la puissance individuelle des contractants. C'est que l'hégémonie de la liberté contractuelle procède de la vision du contrat comme un lieu de rencontre entre égaux. L'effondrement de ce mythe a engendré la multiplication de règles impératives face auxquelles les stipulations qui y contreviennent sont censurées. Souvent, la loi protège le contractant en position de faiblesse. À cet égard, élaborer des conditions de validité des prérogatives contractuelles apparaît nécessaire pour enrayer « l'abus de liberté contractuelle »⁸². Il faut endiguer le risque d'emprise qu'une partie forte peut exercer sur une partie faible. En revanche, un type de relations contractuelles s'avère trop particulier pour être traité au même titre que les autres au sein de l'épineuse question des situations contractuelles d'adhésion : il s'agit du contrat de travail. La dynamique de pouvoir y est complexe parce que sa définition réside dans le lien de subordination⁸³. La protection des intérêts du salarié face à

⁷⁸ C. ATIAS, *De la difficulté contemporaine à penser le droit, Leçons de philosophie du droit*, préf. F. ROUVIERE, avant-propos P. BONFILS, PUAM, 2016, p. 83, qui, se référant à la pensée de Nietzsche, explique que « ce qui est la caractéristique de l'humain, c'est la volonté de puissance ». Ce qui est caractéristique du droit, c'est de la lui reconnaître.

⁷⁹ N. DISSAUX, « Les clauses de modification unilatérale du contrat », *AJ contrat* 2020. 260.

⁸⁰ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.*, spéc. n° 9, p. 755.

⁸¹ L. AYNES, « Rapport introductif » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1 p. 3

⁸² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 349 et s., p. 295 et s.

⁸³ Par ex. Cass. Soc., 13 nov. 1996, *Bull. civ.* V, n° 386 : « Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ».

la domination qu'il subit⁸⁴ se couple à des impératifs particuliers de hiérarchie des intérêts « sous haute surveillance »⁸⁵, sous-tendus par les pouvoirs de direction, d'organisation et de discipline de l'employeur. Par conséquent, il serait artificiel d'entreprendre une systématisation des règles de validité des prérogatives contractuelles qui aboutirait à un régime commun entre les contrats civils et commerciaux déséquilibrés et les relations du travail. Ces dernières ne seront abordées que de façon ponctuelle sans faire l'objet de développements spécifiques. Il ne suffit pas, en outre, d'encadrer la validité de la prérogative contractuelle ; il faut également s'intéresser à sa mise en œuvre.

11. Exercice des prérogatives contractuelles. Concilier la prérogative et le contrat suppose de garantir la prévisibilité que requiert, en principe, le contrat. Sa compatibilité avec la force obligatoire des stipulations contractuelles et les attentes qui en découlent chez l'autre partie interroge au stade de la mise en œuvre de la prérogative. En effet, par l'acte d'adaptation que permet la prérogative, l'exécution du contrat tel qu'elle était originellement prévue risque de se trouver modifiée. Ainsi, la prérogative introduit de l'incertitude : les contractants ne savent pas quand ou comment elle sera exercée, ni même si elle sera exercée par l'un d'eux. C'est pourquoi son exercice doit être réglementé. L'adaptation du contrat ne doit pas se faire au prix de la sécurité juridique du cocontractant. Déconnecter la prérogative contractuelle de la défense d'un intérêt supérieur ne confère pas à son détenteur les pleins pouvoirs. La prérogative n'est pas discrétionnaire. La puissance privée admise par le droit objectif doit s'analyser comme une puissance rationnelle qui n'est pas destinée à légitimer la sauvagerie, la tyrannie, la simagrée ni l'inconstance. Il importe donc d'élaborer des règles qui permettent d'assurer à la prérogative une mise en œuvre raisonnable dans le contrat. Cette réglementation suppose la construction d'un régime cohérent avec le rôle dont elle dispose. « Le contrat est un ordre construit où chaque clause assure une fonction propre [...] : si elle s'y trouve, c'est pour une raison déterminée qu'il importe de retrouver pour lui donner son sens et sa portée »⁸⁶. La puissance contractuelle n'est donc pas hasardeuse. Dès lors, la mise en œuvre de la prérogative réclame un régime qui intime au respect des attentes des parties.

⁸⁴ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, spéc. p. 149 ; P-Y VERKINDT, « Le contrat de travail, Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? » in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 187. L'exemple du contrôle de validité de la clause de non-concurrence est une illustration éloquent. V. Par ex. Cass. Soc. 14 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 309 ; D. 1992. 350, Y. SERRA ; JCP 1992. II. 21889, J. AMIEL-DONAT.

⁸⁵ Sur la spécificité des intérêts en présence dans le contrat de travail et le rôle du juge pour apprécier l'équilibre des clauses stipulées, V. par ex. F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives, et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001, n° 271, p. 228.

⁸⁶ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 670, p. 490.

Leurs prévisions se déduisent de la finalité des clauses qu'elles ont stipulées et de la confiance qu'elles se sont accordées. Le droit des contrats dispose d'instruments efficaces pour ce faire. Le principe de bonne foi y trouve naturellement une place de choix : la prérogative contractuelle s'avère être le terreau de son application le plus fertile. L'élaboration des sanctions de sa violation doit, alors, permettre au contractant qui subit la prérogative de remédier aux préjudices qui en découlent de la façon la plus propice à la sauvegarde de ses intérêts. Les sanctions doivent également être conformes à la logique du contrat concerné. C'est que la prérogative n'est pas détachée du contrat : elle est à son service.

12. Ainsi, la prérogative contractuelle semble être le nom donné à un phénomène qui doit être saisi dans tous ses aspects pour lui donner un corps juridique. À quel prix peut-on conclure que les diverses manifestations de la puissance unilatérale des contractants ne sont que des applications d'une notion unique qui se ramène à la prérogative contractuelle ? C'est par l'élaboration d'un concept unitaire, à la faveur d'une fonction commune et de caractéristiques partagées, que cette ambition pourra aboutir. Pour accomplir pleinement ce dessein, il faut en outre déterminer un régime unique. Puisque la prérogative contractuelle est une technique d'adaptation aux mains des contractants, son existence et son exercice dans le contrat sont différés l'un de l'autre. Étudier sa notion et son régime suppose, dans la continuité de ce constat, d'analyser son existence (Partie 1) avant d'approfondir son exercice (Partie 2).

Partie 1 : Existence de la prérogative contractuelle

Partie 2 : Exercice de la prérogative contractuelle

Partie 1 : Existence de la prérogative contractuelle

13. Inspirée, de l'aveu même de la Cour de cassation, des travaux de quelques auteurs⁷⁷, la prérogative contractuelle est passée du stade de concept abstrait à celui de réalité concrète. Ce passage procède de l'entrée de la notion de prérogative contractuelle dans le droit positif. La Chambre commerciale en est à l'origine⁷⁸, consacrant cette nouvelle catégorie juridique aux caractéristiques pourtant très incertaines. Pour comprendre ce qu'elle recouvre, il faut saisir les critères qui permettent d'identifier la prérogative contractuelle dans le contrat, d'une part, et dans le système juridique, d'autre part. La notion de prérogative contractuelle sera ainsi étudiée (Titre 1). Observer l'émergence des prérogatives contractuelles en droit français implique d'en comprendre la genèse et la gestation. L'existence des prérogatives contractuelles suppose leur validité. Le silence du législateur de la réforme du 10 février 2016 est équivoque sur ce point. La validité se déduit de la légitimité d'une pratique et se nuance par des conditions qui permettent à la notion de s'articuler dans le système de droit pour assurer une cohérence entre les différentes règles qui l'irriguent. C'est par la démonstration de la nécessité à laquelle les prérogatives contractuelles répondent que le postulat de leur validité peut être admis, avant d'en découvrir les limites. Pour ce faire, l'admission des prérogatives contractuelles en droit français doit être étudiée (Titre 2).

⁷⁷ V. *Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007*, www.courdecassation.fr qui cite P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 269 et P. ANCEL « Force obligatoire et contenu obligationnel », *op. cit.*. V. aussi dans des travaux antérieurs à l'arrêt *Les Maréchaux*, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, *op. cit. et loc. cit.*, n° 634 et s., p. 467 et s. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé*, *op. cit.*, n° 233 et s., p. 171 et s. L. AYNES, « Vers une déontologie du contrat ? », Conférence devant la Cour de cassation, 11 mai 2006, Cycle Droit et technique de cassation. P. JESTAZ, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 88.

⁷⁸ Sur l'œuvre créatrice de la Cour de cassation et l'admission de sa jurisprudence comme source du droit, V. not. D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, préf. Y. STICKLER, LGDJ, 2017. Le caractère normatif de l'arrêt *Les Maréchaux* se déduit tant du caractère général et abstrait de la règle énoncée que de sa répétition multiple dans des arrêts ultérieurs. Sur la survie de la règle prétorienne à la réforme du droit des contrats, V D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées devenir ? » in *Mélanges en l'honneur de F. Collart Dutilleul*, *op. cit.*, p. 529, spéc. p. 532 et s. : Lors de la rédaction de cet article, l'auteur n'était pas convaincu que la règle énoncée par l'arrêt *Les Maréchaux* continue d'être appliquée par les juges compte tenu de la place accordée au principe de bonne foi par le nouvel article 1104 C. civ. Des arrêts postérieurs montrent, cependant, qu'elle a survécu à la réforme. V. par ex. Cass .Com., 19 juin 2019, n° 17-26.635.

TITRE 1 : NOTION DE PREROGATIVE CONTRACTUELLE

14. « Une science est une langue bien faite » observait Roubier⁸⁹, or le flou sémantique entourant les notions mobilisées dans l'arrêt *Les Maréchaux* n'a pas manqué d'être relevé⁹⁰. Dans le langage commun comme dans la terminologie juridique, le terme « prérogative » est un caméléon idiomatique propre à désigner un « avantage, [un] droit, [un] pouvoir lié (exclusivement) à certaines fonctions ou à certaines dignités »⁹¹. Pour le juriste, la prérogative est, dans son sens premier, une « compétence ou [un] droit reconnu ou attribué à une personne ou à un organe en raison de sa fonction et impliquant pour lui une certaine supériorité »⁹². Dénuée de définition stricte, la prérogative renvoie à un pouvoir ou à un avantage unilatéral ce qui, du reste, la rapproche de la description des prérogatives de puissance publique⁹³. En matière contractuelle, le sens de la notion est mystérieux. De quel type d'avantages, de compétences, de droits ou de pouvoirs conférés aux contractants s'agit-il ? Il y a longtemps que la conception du contrat s'est affranchie de cette « naïveté » qui consiste à croire que le contrat serait un lieu de « rencontre d'égaux »⁹⁴. De la sorte, la préséance d'un contractant trouve à s'exprimer de multiples manières. Il faut « dissiper l'équivoque et l'obscurité »⁹⁵. Il convient, alors, de procéder à la définition de la prérogative contractuelle (Chapitre 1). Identifier ses éléments constitutifs ne suffit pas à la déchiffrer ; il faut encore la qualifier. Faire émerger une notion nouvelle suppose de s'interroger sur la manière dont celle-ci s'intègre dans l'ordre juridique existant. La comparaison de la prérogative contractuelle aux catégories juridiques mieux connues permettra d'appréhender sa nature juridique (chapitre 2).

⁸⁹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridique*, Sirey, 1963, rééd. Dalloz, préf. D. DEROUSSIN, 2005, p. II.

⁹⁰ L'ésotérisme des termes utilisés dans l'arrêt *Les Maréchaux* a été dénoncé à d'innombrables reprises. V. par ex. P.-Y. GAUTHIER, *D.* 2007. 2844, *op. cit.* ; T. REVET, « Propos introductif », *op. cit.*, n° 2, p. 642 ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *op. cit.*, n° 14, p. 654 ; F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 1, p. 709 ; J. BILLEMONT, *D.* 2010, p. 476, spéc. n° 6 ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *GAJC*, *op. cit.*, n° 6.

⁹¹ Définition du Centre national de ressources textuelles et lexicales, V. « Prérogative », cnrtl.fr.

⁹² V. « Prérogative » in *Vocabulaire juridique*, G. CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 12^e éd., 2018.

⁹³ V. *supra*, n° 2.

⁹⁴ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, p. 215.

⁹⁵ G. CORNU « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à J. Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77, n° 3, p. 78.

CHAPITRE 1. DEFINITION DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE

15. Les études relatives aux prérogatives contractuelles font unanimement référence à leur caractère unilatéral⁹⁶. Elles « viennent se greffer sur une situation contractuelle préexistante et introduisent de l'unilatéral dans un mécanisme, le contrat, qui n'en est pas l'espace naturel »⁹⁷. À cet égard, elles se distinguent des obligations, présentées comme les « enfants légitimes » du contrat, issu de l'accord de volontés⁹⁸. Ces caractéristiques éclairent la notion sans toutefois permettre d'en fournir une définition. Leur généralité empêche de circonscrire la prérogative contractuelle, qui partage ces traits communs avec d'autres éléments du contrat (Section 1). Depuis 1804, le contrat s'est étoffé par son contenu de plus en plus varié⁹⁹. Si la prérogative relève de l'unilatéralisme contractuel, tout phénomène unilatéral dans le contrat ne se trouve pas incarné dans la prérogative, pour autant. Des critères plus sélectifs doivent être élaborés pour identifier l'ensemble des manifestations de la notion de prérogative contractuelle. À l'étude, celle-ci se révèle être une puissance décisionnelle qui autorise le contractant à modifier un élément de la situation contractuelle à laquelle il est partie en cours d'exécution (Section 2).

⁹⁶ L. AYNES, « Vers une déontologie du contrat ? », Conférence à La Cour de cassation, 11 mai 2006, spéc. n° 16 et s. ; « Bonne foi », *RDC* 2007. 1107. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., spéc. n° 3, p. 167. T. REVET, « Propos introductifs », op. cit., n° 2, p. 641. D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », op. cit., spéc. n° 4, n° 18 et n° 28. J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », op. cit., n° 3, p. 696. O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », op. cit., spéc. n° 3. A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *D.* 2017. 1312, n° 1. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., n° 256. M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels, Étude de droit privé*, op. cit. M. POVOA, *L'unilatéralisme au sein du contrat, Regard brésilien sur la nature et le régime des prérogatives contractuelles unilatérales en droit français*, dir. Y. LEQUETTE, th. dactyl. Paris II, 2019. P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, avant-propos G. CHANTEPIE, Mare & Martin, 2014, spéc. n° 281, p. 385, qui qualifie les prérogatives de « véritable systématisation de l'unilatéralisme ».

⁹⁷ J. ROCHFLED, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 747, n° 7, p. 753. Dans le même sens, V. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., p. 167.

⁹⁸ Art. 1101 C. civ. L'ancienne distinction entre le contrat et la convention entérine l'idée que le contrat n'aurait vocation qu'à créer des obligations (anc. art. 1101 C. civ.) ; V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Vol. II, Quadrige, PUF, 2004, n° 930 : Ils ont ceci de commun que ce sont tous deux des accords de volontés [...]. Seulement, le contrat est un accord de volonté destiné à créer des obligations [...], tandis que la convention est un accord de volonté destiné à produire un effet de droit quelconque ».

⁹⁹ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, LGDJ, 2005, p. 211.

Section 1. Les critères généraux

16. L'étude de la jurisprudence permet d'identifier les droits que les juges signalent comme étant des prérogatives contractuelles et ceux qu'ils écartent de cette catégorie. Cette opération de classification permet d'induire les caractéristiques élémentaires de la notion. La première repose sur l'opposition de nature qui existe avec les droits de créance. Aucune prestation n'est attendue en vertu d'une prérogative contractuelle. La seconde repose sur le mode de réalisation de ses effets. Pour être efficace, la prérogative contractuelle exige une initiative volontaire. Elle se distingue des effets du contrat qui se produisent de façon automatique, sans que l'action d'un contractant soit requise. De la sorte, la partie bénéficiaire de la prérogative est l'auteur d'un acte unilatéral (§1). Pour autant, la prérogative n'est pas la seule règle contractuelle de type non obligationnel. En outre, l'unilatéralisme est un phénomène courant dans le rapport contractuel : d'un point de vue quantitatif, le consensus est exceptionnel. Il ne survient de façon systématique que lors de la création du contrat, conçue artificiellement comme l'« étincelle magique »¹⁰⁰ qui fait des contractants les composantes d'un corps unique, auteur d'une volonté commune. En vérité, la situation contractuelle est constituée de multiples déclarations unilatérales de volontés dont le cumul engendre l'opération juridique. Ces critères s'avèrent donc insuffisant à élaborer une définition permettant d'identifier chacune des incarnations de la notion (§2).

§1. Des critères nécessaires

17. Le contrat est constitué de multiples éléments de différentes natures. L'arrêt du 10 juillet 2007 admet ce caractère hétérogène en mentionnant les « droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Les juges ne l'étayaient pas davantage, cependant, et ne fournissent pas de critères propres à identifier les prérogatives parmi les différentes composantes contractuelles. Au gré des espèces, ils répètent avec constance 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 ».

¹⁰⁰ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, n° 9, p. 49. F. OST, « Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 128. V. aussi G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.*, n° 99, p. 365 (Partie II) : « Certains préfèrent parler le langage de la physique, plutôt que celui de la galanterie : l'accord est le contact de deux courants distincts, d'où jaillit l'étincelle contractuelle ».

L'analyse des applications prétoriennes de la règle montre que la prérogative se caractérise par sa nature non obligationnelle (A) et sa réalisation unilatérale (B).

A. Nature non obligationnelle de la prérogative contractuelle

18. Si la règle énoncée dans l'arrêt du 10 juillet 2007 est souvent utilisée pour rejeter la neutralisation de l'usage déloyal, elle implique parfois de l'admettre¹⁰¹. Le manque de définition de la notion est ainsi pallié par une édification empirique de la catégorie, dont il est possible de dresser une liste non exhaustive (1). Une caractéristique ressort de l'observation des occurrences de la notion : la prérogative contractuelle se distingue du droit de créance en ce qu'elle ne permet pas d'exiger une prestation (2).

1) Manifestations de la notion de prérogative contractuelle dans la jurisprudence

19. **Les occurrences de la prérogative contractuelle dans la jurisprudence.** Au fil des espèces, les juges ont identifié des prérogatives contractuelles parmi les droits dont bénéficient les contractants. Il en va ainsi de la faculté de résiliation unilatérale stipulée dans un bail commercial¹⁰². Le droit d'option contenu dans une promesse de vente et d'achat d'actions a également été qualifié comme tel¹⁰³, de même que le droit de préemption contenu dans un pacte d'actionnaire¹⁰⁴. La clause qui octroie la faculté de diminuer les commandes dans un contrat d'approvisionnement d'œufs pour la grande distribution s'analyse aussi comme une prérogative contractuelle¹⁰⁵, ainsi que la clause de modification unilatérale de supports financiers dans les contrats d'assurance sur la vie en unités de compte

¹⁰¹ On trouve des occurrences de la notion de prérogative contractuelle dans des arrêts antérieurs à la jurisprudence *Les Maréchaux*. Elles révèlent une utilisation hasardeuse de ces termes, destinés à évoquer l'ensemble des « prérogatives juridiques » d'un contractant plutôt qu'une catégorie spécifique de droits contractuels. V. Cass. Com. 3 nov. 1988, n° 86-13.575 ; Cass. Com. 8 déc. 1992, *Bull. civ. IV* n° 396 ; Cass. Civ. 1^{re} 13 mars 1990, n° 88-16.580.

¹⁰² Cass. Civ. 3^e, 5 oct. 2017, n° 16-17.533 ; Cass. Civ. 3^e, 5 janv. 2012, n° 10-20.179.

¹⁰³ Cass. Com., 20 sept. 2017, n° 15-28.262. Rapp. Cass. Civ. 3^e, 29 juin 2017, n° 15-26.419 (moyen au pourvoi).

¹⁰⁴ CA Paris, 4 déc. 2007, 06/12554.

¹⁰⁵ Cass. Com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086, *Bull. civ. IV*, n° 143, *D.* 2014. 2329, F. BUY ; *D.* 2015. 943, D. FERRIER ; *RTD civ.* 2015. 381, H. BARBIER ; *RTD com.* 2015. 144, B. BOULOC ; *AJCA* 2015. 86, M. PONSARD. La baisse des commandes décidées unilatéralement par la partie demanderesse intervenait durant la période de préavis consécutive à une résiliation unilatérale. Si la faculté de résiliation unilatérale n'était pas en elle-même mise en œuvre de manière déloyale, la faculté de modifier unilatéralement les commandes sans minimum fixé avait eu pour effet d'entraîner une rupture brutale du contrat destinée à contourner le préavis qui s'imposait. La sanction pour usage déloyal concernait donc la faculté unilatérale de décider des volumes commandés et non la résiliation unilatérale en l'espèce.

multisupports¹⁰⁶. Pourtant, c'est surtout par défaut que la notion de prérogative contractuelle peut être affinée. La formule de l'arrêt *Les Maréchaux* est souvent utilisée pour écarter cette qualification.

20. L'opposition des prérogatives aux obligations contractuelles. Dans l'arrêt du 10 juillet 2007, la Chambre commerciale de la Cour de cassation dissocie l'obligation de garantie de passif de la notion de prérogative contractuelle. En l'espèce, un contrat de cession de parts sociales comprenait une obligation de garantie de passif à la charge des cédants. Un redressement fiscal a lieu, qui mène le cessionnaire à réclamer paiement de sa créance de garantie de passif. Les cédants s'y opposent, invoquant la mauvaise foi dont le cessionnaire fait preuve. En sa qualité d'ancien président du conseil d'administration de la société, il était à l'origine des faits générateurs du redressement fiscal. Accueilli par les juges d'appel, leur argument est rejeté par les juges de cassation : parce que l'obligation de garantie de passif n'est pas une prérogative contractuelle, son usage, même déloyal, ne peut pas être neutralisé par le juge. L'arrêt *Les Maréchaux* tire son caractère novateur de la formule générale et normative qui en émane mais la solution n'est pas inédite. En 2005, la première Chambre civile a refusé de sanctionner le manquement au devoir de loyauté d'un contractant qui réclamait l'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence dont il était créancier alors qu'il n'était plus en mesure d'exercer l'activité concernée¹⁰⁷. La distinction entre obligations et prérogatives contractuelles qui se profile a trouvé des confirmations ultérieures. Par exemple, la Chambre commerciale a réitéré sa solution à propos d'une obligation de garantie de passif¹⁰⁸. Pour sa part, la troisième Chambre civile a rejeté la neutralisation d'une clause interdisant la cession du bail commercial à toute autre personne que l'acquéreur du fonds de commerce¹⁰⁹. Dans ce cas d'espèce, le preneur était tenu d'une obligation de ne pas faire, qui

¹⁰⁶ Cass. Civ. 2^e, 12 janv. 2017, n° 15-27.908 ; Cass. Civ. 2^e, 11 sept. 2014, n° 13-19.497 ; Cass. Civ. 2^e, 13 juin 2013, n° 12-22.308 ; Cass. Civ. 2^e, 7 mai 2009, n° 08-16.500, 08-16.501 et 08-17.325. La saga jurisprudentielle des contrats d'assurance sur la vie multisupports a connu de multiples rebondissements, tous n'étant pas fondés sur la qualification de prérogative contractuelle. V. par ex. Cass. Civ. 2^e, 25 juin 2009, n° 08-14.254, D. FENOUILLET, « La notion de prérogative... », *op. cit.*, spéc. n° 5, p. 648.

¹⁰⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 201 ; *Contrats conc. consom.* 2005, n° 184, L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2005. 594, J. MESTRE et B. FAGES ; p. 600, P. JOURDAIN ; *RDC* 2006. 326, D. MAZEAUD.

¹⁰⁸ Cass. Com., 15 mars 2011, n° 09-13.299.

¹⁰⁹ Cass. Civ. 3^e, 9 déc. 2009, *Bull. civ. III*, n° 275, *loc. cit.*

lui imposait de s'abstenir de céder le bail indépendamment du fonds¹¹⁰. Obligations et prérogatives contractuelles ne se confondent donc pas.

2) Absence de prestation exigible en vertu d'une prérogative contractuelle

21. **La prestation, élément caractéristique de l'obligation.** Dans son sens technique, l'obligation est le lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes sont tenues d'une prestation envers une ou plusieurs autres¹¹¹. La prestation est le substrat de l'obligation. Du latin *praestatio*, le terme désigne à la fois l'action de s'acquitter, de fournir quelque chose et évoque l'idée de confiance dans des expressions telles que *fidem praestare* (« montrer sa bonne foi ») ou *jusjurandum praestare* (« prêter serment »)¹¹². Il évolue en désignant le résultat de l'action qui consiste à fournir quelque chose. Madame Ancel examine le caractère dynamique et abstrait donné à l'obligation par la notion de prestation : si elle est, « comme le *praestatio* du droit romain, *in solutione* » elle est aussi « la *res debita* » : « l'opposition d'origine romaine entre ce qui est *in obligatione* et *in solutione* est ainsi dépassée »¹¹³. En d'autres termes, la prestation s'extrait de la seule phase d'exécution de l'obligation pour devenir un « résultat promis »¹¹⁴. En cela, elle requiert une action humaine, un comportement spécifique exigé par le créancier à l'égard du débiteur¹¹⁵. La notion de prestation renvoie à l'activité ou l'abstention promise par le débiteur. Ces caractéristiques ont hissé la notion d'obligation à son acception technique. Par opposition, d'autres qualifications juridiques ont vu le jour permettant de démêler les enchevêtrements linguistiques vecteurs de synonymies trompeuses. En particulier, la notion de devoir est apparue. Sa singularité procède en partie de l'absence de prestation que le devoir implique¹¹⁶. L'intuition est amorcée par Pufendorf et ses « obligations perpétuelles »¹¹⁷, puis par Pothier et ses « obligations imparfaites »¹¹⁸. Ce dernier

¹¹⁰ Comp. F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, spéc. n° 5 p. 712 : l'auteur propose une autre analyse de cette stipulation. Il la qualifie de clause d'agrément. Sur la clause d'agrément, V. *infra*, n° 223.

¹¹¹ V. « Obligation », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹¹² V. « Prestation », in *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*

¹¹³ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNES, Economica, 2002, n° 108, p. 77.

¹¹⁴ A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. REVET, LGDJ, 2008, n° 105, p. 68.

¹¹⁵ En ce sens, G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012, spéc. n° 306 et s., p. 212 et s.

¹¹⁶ Sur la notion de devoir, V. *infra*, n° 357, à propos du devoir de bonne foi.

¹¹⁷ V. M. VILLEY, « Métamorphoses de l'obligation », in *Arch. philo. dr.*, t. XV, 1970 p. 287 ; P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 149, p. 135.

¹¹⁸ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, T. 1^{er}, 1764, in *Œuvres de Pothier*, publié par M. Siffrein, Paris, 1821, art. prélim.

écrit qu'« on appelle obligations *imparfaites* les obligations dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu, et qui ne donnent aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement : tels sont les devoirs de charité, de reconnaissance (...). Le terme d'*obligation*, dans un sens plus propre et moins étendu, ne comprend que les obligations parfaites, qu'on appelle aussi *engagements personnels*, qui donnent à celui envers qui nous les avons contractées le droit d'en exiger de nous l'accomplissement ». Ces réflexions mènent à concevoir l'existence de liens de droit entre les parties qui n'engagent pas l'une à fournir une prestation à l'autre. La prérogative contractuelle en constitue une catégorie. Elle n'est pas le vecteur d'une prestation.

22. Caractère non obligationnel des prérogatives contractuelles. La prérogative contractuelle est un lien de droit entre les contractants dépourvu de composante obligationnelle. Cette description est corroborée par le communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt *Les Maréchaux*¹¹⁹. La Chambre commerciale indique se référer à la distinction opérée par Monsieur Ancel entre contenu obligationnel et force obligatoire du contrat¹²⁰. L'auteur dénonce la confusion entre la source et les effets du contrat qui aboutit à un amalgame entre le contenant et le contenu contractuels. Certes, le contrat correspond à la formulation juridique d'un échange économique¹²¹, ce qui donne une large place aux prestations. Pourtant, l'analyse de Monsieur Ancel rend compte du caractère hétérogène du contenu contractuel qui renferme des composantes non obligationnelles néanmoins dotées de force obligatoire. Le caractère obligatoire est diffus à tout le contenu contractuel. Dans sa définition la plus ancienne, le contrat est décrit par Labéon (50 av. J.-C. – 20 ap. J.-C.) comme un acte « *ultra citroque obligationem* » c'est-à-dire « qui oblige de part et d'autre »¹²². Il « signifie que la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale ; il signifie aussi que cette norme va servir au juge lorsqu'il sera chargé de régler un litige entre les parties »¹²³. Toutefois, « cette norme contractuelle peut avoir divers objets, divers contenus : elle peut bien sûr (c'est l'objet principal de la plupart des contrats) faire naître un rapport d'obligation entre les parties, rendre l'une créancière et l'autre

¹¹⁹ Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007, *op. cit.*.

¹²⁰ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *op. cit.*

¹²¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement », *RTD civ.* 1995. 573, spéc. n° 8, p. 576. Egal., J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. BRECHE DE LA GRESSAYE, LGDJ, 1969, p. 17 ; P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 157 et s., p. 141 et s., et n° 666 et s., p. 487 et s. ; J.-M. PUGHON, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *Droits* 1990. 47 ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, préf. C. BRENNER, Economica, 2012, n° 31, p. 35 et n° 43 et s., p. 41 et s. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, 2011, p. 425 et s. ; M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 149, p. 104.

¹²² V. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 140, p. 89.

¹²³ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *op. cit.*, n° 5, p. 774.

débitrice, mais elle peut aussi transférer ou éteindre un droit, ou créer un droit ou une situation juridique nouvelle en ne se ramenant pas à une relation entre un créancier et un débiteur »¹²⁴. Dès lors, on constate que « le lien contractuel va au-delà des obligations »¹²⁵. La prérogative participe de ce lien sans conférer le droit d'exiger une prestation. Elle s'insère dans le contenu non obligationnel du contrat.

Aucun des droits caractérisés comme une prérogative contractuelle ne permet à son titulaire d'exiger une prestation. Aucune attente à l'endroit du cocontractant ne s'en dégage. La résiliation unilatérale met simplement fin au contrat, tandis que le droit d'option compris dans une promesse de vente permet de faire évoluer le contrat de son stade préliminaire à son stade définitif¹²⁶. Que ces droits influent sur les obligations issues du contrat en les éteignant ou en les faisant naître par la consolidation du contrat envisagé est indéniable. Cependant, leur effet ne se confond pas avec la créance proprement dite, qui se suffit à elle-même pour exiger la prestation. Quant au droit de préemption, il renvoie à la faculté de s'imposer comme partie à un contrat. La position contractuelle qu'elle confère à son titulaire implique d'accéder à la qualité de créancier ou de débiteur mais ne fait pas naître d'attente quelconque à l'égard du cocontractant. De même, la faculté de diminuer les commandes dans un contrat d'approvisionnement permet de modifier les quantités requises en vertu de la prestation à fournir ; elle se distingue du droit d'exiger la livraison. De manière identique, la clause stipulée dans les contrats d'assurance sur la vie multisupports autorise l'assureur à modifier ou supprimer les supports financiers, c'est-à-dire les placements réalisés avec l'épargne qui lui a été confiée¹²⁷. Ce droit ne s'assimile pas à un droit de créance. Le caractère non obligationnel des prérogatives contractuelles se confirme. En outre, la réalisation de leurs effets procède toujours d'un acte unilatéral.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ C. ATIAS, « Qu'est ce qu'un contrat », in *Droit et économie des contrats*, dir. C. JAMIN, LGDJ, 2008, p. 3, spéc. n° 20, p. 11.

¹²⁶ L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente », *RTD civ.* 1949. 1, spéc. n° 21, p. 18 : « tantôt, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, l'option ne peut être exercée que par l'une des parties, tantôt elles bénéficient à chacune d'elles et présente ainsi un caractère bilatéral, mais dans l'un et l'autre cas l'élément caractéristique demeure : aucune prestation n'est requise, de la part de celui qui subit l'option, pour la formation du contrat définitif ».

¹²⁷ V. aussi Cass. Civ. 2^e, 22 fév. 2007, n° 05-19.754, *Bull. civ.* II, n° 41 : est de mauvaise foi l'assureur qui supprime de la liste les supports financiers les plus avantageux pour l'assuré et les plus coûteux pour lui-même dans le contrat d'assurance vie multisupports. Il revient à l'assureur de supporter à titre principal la charge des plus-values réalisées par les assurés, V. J. SPERONI, « Contrats d'assurance vie mutisupports », *D. actu.* 13 mars 2007.

B. Réalisation unilatérale de la prérogative contractuelle

23. La prérogative contractuelle exige un acte unilatéral pour réaliser son effet. Ce faisant, elle se distingue d'autres droits de nature non obligationnelle qui produisent leur effet de manière automatique (1). Cette caractéristique permet de comprendre la formule de l'arrêt *Les Maréchaux*. Qualifiée d'inutilement complexe par un auteur¹²⁸, la distinction entre la substance des droits et obligations du contrat et l'usage déloyal des prérogatives contractuelles fait appel à une terminologie énigmatique. Nombre d'auteurs se sont interrogés sur la signification du terme « substance » utilisé par la Cour de cassation¹²⁹. Deux conceptions sont possibles. L'opposition peut reposer sur la nature des droits des parties. Le contrat serait alors composé de sa « substance » et de « prérogatives contractuelles ». Cette hypothèse ne convainc pas. L'opposition se fonde sur la nature de la sanction que le juge peut mobiliser face à la mauvaise foi d'un contractant. Ce faisant, la « substance » est distinguée de l'« usage » des prérogatives contractuelles. À cet égard, la substance renvoie aux stipulations convenues par les parties d'un commun accord, qui forment le contenu contractuel. Les prérogatives contractuelles participent de la substance du contrat, mais leur exercice en est exclu. C'est l'acte unilatéral nécessaire à leur « usage » qui justifie un traitement particulier par rapport aux autres éléments du contenu contractuel (2).

1) La nécessité d'un acte unilatéral

24. **Caractère non automatique de l'effet des prérogatives contractuelles.** La notion de prérogative contractuelle s'affine grâce à la distinction que les juges opèrent avec d'autres droits du contrat, eux aussi exempts de caractère obligationnel. Par exemple, la Chambre commerciale a estimé qu'une « clause de déchéance de garantie de passif prévoit l'extinction de la créance si le cessionnaire n'informe pas le cédant dans les délais contractuellement prévus de sorte qu'elle ne constitue pas une prérogative contractuelle »¹³⁰. Dans le même sens, les modalités de paiement du prix initialement fixées ne

¹²⁸ D. HOUTCIEFF, « La substantifique moelle contractuelle », *JCP G* 2007.II.10154, *op. cit.*

¹²⁹ Par ex., H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 166 ; D. HOUTCIEFF, « La substantifique moelle contractuelle », *op. cit.* ; D. MAZEAUD, « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *op. cit.*, spéc. n° 10, p. 694 ; P. STOFFEL-MUNCK, « Le créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *D.* 2007. 2839, *op. cit.*

¹³⁰ Cass. Com. 19 juin 2019, n° 17-26.635 ; *RTD civ.* 2019. 577, H. BARBIER ; *JCP G.* 2019.II.1308, D. HOUTCIEFF.

peuvent pas être neutralisées pour usage déloyal¹³¹. Ces règles contractuelles ne comportent pas en elles-mêmes le droit d'exiger une prestation. Comme les prérogatives contractuelles, elles sont non obligationnelles. En revanche, elles se caractérisent par l'automaticité de leurs effets. Dans les deux cas, la stipulation est fixée dès l'origine et réalise ses effets sans que l'intervention d'un contractant soit nécessaire. La déchéance de la créance de passif survient à l'extinction du délai. Les modalités du paiement sont telles que les parties les ont prévues lors de la conclusion du contrat. Elles s'imposent à eux par une application mécanique du contrat qui exclut toute forme de choix. À l'inverse, l'examen des arrêts qui caractérisent des prérogatives contractuelles montre que cette notion implique l'intervention volontaire de la partie qui en bénéficie.

25. Caractère unilatéral des prérogatives contractuelles. Les droits qualifiés de prérogatives contractuelles par les juges se ressemblent par leur mécanisme de réalisation. Pour produire leur effet, ils nécessitent une activité unilatérale de la part de son titulaire. L'effet de la prérogative est variable : elle peut agir sur l'existence du contrat – par son extinction ou par sa consolidation – ou sur son contenu. Quel qu'il soit, cet effet n'est jamais le résultat d'un accord des parties, cependant. Le bénéficiaire de la promesse lève l'option et impose la formation du contrat définitif au promettant. L'assureur modifie la liste des supports financiers indépendamment de l'acceptation de l'assuré. Il ne s'agit pas d'un *mutuus dissensus*. En outre, la réalisation de la prérogative n'est pas la conséquence mécanique d'une règle décidée d'un commun accord. L'intervention du contractant qui en bénéficie est nécessaire, sans quoi la prérogative est inefficace. À cet égard, la prérogative contractuelle procède de l'expression d'une volonté unilatérale. Il en résulte un changement qui intervient une fois le contrat conclu. Par exemple, l'extinction unilatérale du contrat n'a lieu que parce que le contractant le décide. C'est ce qui différencie la faculté de résiliation d'un terme stipulé qui arrive à échéance. La prérogative suppose la volition. Cette caractéristique permet de saisir l'opposition opérée dans l'arrêt *Les Maréchaux* avec la « substance des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

¹³¹ Cass. Com. 19 juin 2019, n° 17-29.000 ; *RTD civ.* 2019. 570, H. BARBIER ; *JCP G.* 2019.II.1308, D. HOUTCIEFF.

2) Justification de l'opposition entre la substance et l'usage des prérogatives contractuelles

26. Rejet de l'opposition entre la substance du contrat et les prérogatives contractuelles. Par son « amphigourisme technique »¹³², la formule de l'arrêt *Les Maréchaux* conduit à rapprocher le concept de « substance des droits et obligations légalement convenus entre les parties » de notions plus familières. Eu égard à la différence de nature entre une obligation contractuelle et une prérogative contractuelle, la « substance » pourrait être associée au contenu obligationnel du contrat. En droit français, la notion de substance ressort dans le domaine des vices du consentement. L'ancien article 1110 al. 1^{er} du Code civil n'admettait comme cause de nullité que l'erreur portant sur « la substance même de la chose qui en est l'objet ». Désormais inscrite à l'article 1132 du même code, l'erreur est cause de nullité lorsqu'elle porte sur « les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ». L'acception littérale ou objective de l'erreur substantielle renvoie originellement à la matière de la chose, à sa composition¹³³. Pothier illustre l'erreur substantielle par l'exemple de l'acheteur qui, croyant acquérir des chandeliers en argent, achète des chandeliers en cuivre argenté¹³⁴. Le passage de la notion de substance à celle de qualités essentielles reflète l'évolution de la jurisprudence et l'acception subjective qui s'est progressivement imposée. Demogue oppose, à cet égard, les « points importants » aux « points secondaires » du contrat¹³⁵, tandis que les tribunaux introduisent au XIX^e siècle la notion de « qualité substantielle »¹³⁶. Par analogie, la « substantifique moelle contractuelle »¹³⁷ pouvait être appréhendée comme les obligations essentielles du contrat, son *bargain* ou encore les « termes de l'échange »¹³⁸.

La nature non obligationnelle des prérogatives est étayée par sa démarcation avec la créance de garantie de passif. Pourtant, la notion de substance ne paraît pas vouée à décrire directement cette opposition. Par-delà les prestations caractéristiques du contrat, la prérogative se distingue de tout le contenu obligationnel, peu importe que la prestation

¹³² D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *JCP E*. 2007. 2394, *op. cit.* Comp. B. FAGES, *RTD civ.* 2007. 773, *op. cit.*

¹³³ En ce sens, J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. BOULANGER, LGDJ, 1963, n° 27 et s., p. 25 et s. ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 299 et s.

¹³⁴ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 18, p. 92.

¹³⁵ R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. I, Paris, 1923, n° 234, p. 384.

¹³⁶ Par ex. CA Paris 13 mai 1865 ; Cass. Civ., 23 juin 1873. Rapp. J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. BOULANGER, LGDJ, 1963, n° 45, p. 45 : l'auteur explique que la « substance même de la chose » objet du contrat doit être traduite par la notion de prestation, qui justifie la nullité du contrat.

¹³⁷ D. HOUTCIEFF, « La substantifique moelle contractuelle », *op. cit.*

¹³⁸ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 166 ; D. HOUTCIEFF, « La substantifique moelle contractuelle », *op. cit.*

dispose d'un caractère essentiel ou non¹³⁹. En outre, la substance se rapporte aux « droits » et aux « obligations » légalement convenus entre les parties » ; or on peine à déceler une prestation dans la substance de droits qui ne sont pas des créances. À cet égard, le terme « substance » renvoie à un aspect plus vaste des stipulations contractuelles. Le Communiqué de la Chambre commerciale relatif à l'arrêt du 10 juillet 2007 donne un indice dont la signification, sans être éclatante, autorise cette lecture. Il indique que la « distinction rejoint celle qui est parfois faite en doctrine entre force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ». Le rapprochement de la substance avec la force obligatoire, propre à l'ensemble des clauses du contrat, permet d'opposer la substance à l'usage des stipulations.

27. L'atteinte à la substance. Le terme de substance est issu du latin *substare* et fait historiquement référence à la notion de fondement¹⁴⁰. La *substantia* traduit l'*hupostasis*, décrit par Aristote comme tout ce qui existe par soi-même¹⁴¹. Dans l'ancien français, le mot évolue pour désigner la matière dont les corps sont formés et finit par se définir comme le caractère de ce qui est structurel¹⁴². À cet égard, l'engagement contractuel (dans sa globalité) correspond à la substance. Elle renvoie à l'effet de contrainte de cet acte juridique qui lie autant les parties que le juge sous réserve de la validité des stipulations¹⁴³. L'atteinte à la substance est protégée de l'intervention du juge en tant qu'est prohibée son immixtion face à la volonté des parties. Le principe selon lequel le juge est tenu de respecter les clauses contractuelles autant qu'il est tenu de les faire respecter aux parties a été affirmé, par exemple face à la théorie de

¹³⁹ L'obligation de garantie de passif ne peut pas être caractérisée comme une obligation essentielle du contrat de cession de parts sociales. Les prestations caractéristiques ou obligations essentielles – les termes principaux de l'échange – s'apparentent aux obligations nécessaires à la qualification du contrat, sans lesquelles le contrat ne serait pas lui-même. Elles permettent, en d'autres termes, de déterminer l'identité du contrat. V. P. DELEBECQUE, « Prerogatives contractuelles et obligations essentielles », *op. cit.*, spéc. n°1 ; P. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse, Aix-Marseille, 1981, spéc. n° 162, p. 197. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 150, p. 104, qui définit la prestation caractéristique comme celle qui « contribue à définir une catégorie contractuelle [qui] peut être décelée dans un contrat individuel » (n° 3, p. 3). Elle rapproche cette conception de la notion en droit allemand des *Hauptpflichten* ou *Hauptleistungspflichten* qui portent sur « une prestation qui définit le type de contrat conclu entre les parties ». V. égal. R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2000. P. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges P. Raynaud*, 1985, p. 273. Dans le même sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 9^e éd., 2015, n° 239 : ces auteurs définissent l'obligation essentielle du contrat comme « l'obligation qui commande la qualification de celui-ci ou qui en constitue le particularisme expressément voulu ».

¹⁴⁰ V. « Substance », in *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.* : le mot latin *substare* est composé du préfixe « sub » qui indique la position inférieure et de « stare » qui signifie « se tenir debout ».

¹⁴¹ *Ibid.* V. aussi « Substance », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.* : « ce qu'il y a de permanent dans les choses qui changent ».

¹⁴² V. égal. « Substance », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹⁴³ J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, Connaissance du droit, Dalloz, 5^e éd., 2017, p. 117 et s.

l'imprévision dans la jurisprudence *Canal de Craponne*¹⁴⁴. Son pouvoir de révision lui est alors dénié. Le même principe est réaffirmé dans la jurisprudence *Les Maréchaux*, face à la bonne foi. Les comportements déloyaux des contractants n'autorisent pas le juge à retoucher les termes du contrat, encore moins à les confisquer¹⁴⁵. Les stipulations « existent par elles-mêmes » une fois le contrat conclu, et constituent sa substance. Elles sont intouchables : créances, modalités d'exécution ou prérogatives contractuelles sont toutes autant concernées par cet écran d'immunité. Ainsi, explique la Chambre commerciale, la distinction entre « les simples prérogatives contractuelles, dont l'usage déloyal peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, et la substance même des droits et obligations nés du contrat, qui ne peut quant à elle être remise en cause sans violation du premier alinéa du même texte » n'est « pas inconnue en doctrine »¹⁴⁶. La substance se rapporte à l'ensemble des règles contraignantes auxquelles sont soumis les contractants en raison de la conclusion de leur contrat. La force obligatoire est au cœur de la solution prétorienne. Si l'existence des stipulations est sauve des velléités d'amputation du contrat par le juge¹⁴⁷, certaines nécessitent, en revanche, un exercice pour produire leur effet : c'est cet « usage » que le juge peut retrancher des effets du contrat.

28. **L'atteinte à l'usage.** La neutralisation de la prérogative contractuelle se différencie de l'atteinte à la substance du contrat. L'opposition est rendue possible par le mécanisme de la prérogative. Pour produire son effet, l'exercice de la prérogative doit être réalisé par un acte unilatéral sans quoi elle reste lettre morte. C'est là une caractéristique de la prérogative contractuelle. À l'inverse, le droit de créance ne suppose pas un acte unilatéral de la part du créancier. Ce dernier n'a pas à en faire usage pour que la prestation existe dans son patrimoine. Dès lors, vouloir neutraliser le comportement déloyal du créancier revient nécessairement à porter atteinte à l'existence de la créance. Ces réflexions permettent d'expliquer le rapprochement opéré par plusieurs auteurs entre la substance et les obligations du contrat. On est créancier ou on ne l'est pas¹⁴⁸ ; il n'existe pas de niveau intermédiaire qui organise un passage entre le statut abstrait de créancier et celui de propriétaire de la créance. C'est, en revanche, le cas dans le domaine des prérogatives contractuelles : on peut être

¹⁴⁴ Cass. Civ., 6 mars 1876, *D.* 1876.I.193 ; *S.* 1876.1.161. V. aussi pour une formule de principe qui interdit au juge de réviser le contrat, CA Paris 29 oct. 1992, 16^e ch. B. ; *D.* 1993. 295, J.-L. AUBERT.

¹⁴⁵ V. not. L. AYNES, « Vers une déontologie du contrat ? » *op. cit.*

¹⁴⁶ *Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007, op. cit.*

¹⁴⁷ En ce sens, F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 3, p. 710.

¹⁴⁸ L. AYNES, « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *op. cit.*, n° 10, p. 689 ; P. STOFFEL-MUNCK, « Le créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *op. cit.*

titulaire d'une faculté de résiliation sans que la résiliation se réalise. On peut avoir le pouvoir de modifier le volume des commandes sans le modifier effectivement. Seul l'usage de la prérogative permet que la prérogative produise son effet, et seul cet usage peut être jugulé par le juge. C'est donc par un raccourci que l'analogie de la substance au contenu obligationnel du contrat est permise. D'ailleurs, d'autres règles contractuelles de nature non obligationnelle sont soumises à un mécanisme analogue. Elles non plus ne requièrent pas d'être exercées pour produire leur effet sur le contrat. C'est le cas d'un terme qui arrive à échéance, par exemple. « Par simple souci d'éviter une répétition inélégante –, cette opposition entre « usage » et « substance » pourrait avoir un sens : le juge pourrait paralyser tel ou tel usage du droit qui n'en affecte pas la substance [...] ; mais il ne pourrait pas effacer le droit lui-même, par une déchéance qui porterait atteinte à sa “substance” »¹⁴⁹. Ces considérations conduisent déjà à s'interroger sur l'exercice déloyal de la prérogative contractuelle, toutefois, or il faut commencer par définir cette notion afin d'identifier toutes ses manifestations. Pourtant, les critères dégagés jusqu'à présent sont trop généraux et, par là même, insuffisants.

§2. Des critères insuffisants

29. Pendant longtemps conçu comme une somme d'obligations réparties entre les contractants, le contrat s'avère être un ensemble d'éléments de natures diverses ; « dans l'esprit du Code, le contrat n'était qu'un lieu de transition, qui permettrait de passer de la volonté à l'obligation : c'est pourquoi il était incapable de durer, se limitant à produire sur le champ quelques effets. Ce constat géométrique est de moins en moins le nôtre : deux siècles d'évolution l'ont compliqué, étoffé, lui ont donné une substance qui empêche d'en réduire le fonctionnement à quelque chose d'élémentaire »¹⁵⁰. Parmi ses composantes, les droits non obligationnels sont multiples et variés. La prérogative contractuelle n'en est qu'une manifestation (A). Mettant à mal une vision édulcorée du contrat sacralisant le consensus, sa consécration a permis la reconnaissance de l'unilatéralisme au travers de droits octroyant à un contractant l'aptitude de créer des effets juridiques par la simple expression de sa volonté. Le « coup de foudre contractuel »¹⁵¹ se révèle être une fulgurance qui laisse place, avant et après, à une pluralité d'actes unilatéraux réalisés par les contractants (B).

¹⁴⁹ A. BENABENT, « Observations finales », in *Les prérogatives contractuelles*, RDC 2011. 746, spéc. p. 747-748.

¹⁵⁰ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, n° 4, p. 214.

¹⁵¹ F. OST, « Les multiples temps du droit », *op. cit.*, p. 128.

A. Variété des éléments non obligationnels du contrat

30. **Reconnaissance du contrat comme entité hétérogène.** Monsieur Denis Mazeaud a narré l'anecdote d'un Petit Prince désireux de voir son professeur illustrer le contenu du contrat¹⁵². La surprenante injonction (« S'il-vous-plaît, dessine moi un contrat ! ») donne lieu à la réalisation d'un cercle au sein duquel sont dissociées la « matière première du contrat » de sa « matière secondaire », « multitude de petits points qui figurent les diverses clauses par lesquelles les contractants organisent leurs relations et aménagent leurs pouvoirs »¹⁵³. Si pour l'auteur, la matière première doit être comprise comme l'objet et la cause du contrat, elle se traduit dans notre étude par ce qu'on peut appeler le « contenu obligationnel », c'est-à-dire les prestations attendues en vertu du contrat. La matière secondaire renvoie, comme dans le dessin, au contenu non obligationnel, ensemble des stipulations destinées à organiser les rapports des parties. Celles-ci sont nombreuses, et variées.

La jurisprudence *Les Maréchaux* rend compte d'une réalité de plus en plus acceptée : le contrat est un ensemble complexe dont les composantes, loin de se réduire aux seules prestations, sont variées. Il est une entité hétérogène. La notion de « rapport contractuel » doit être distinguée de celle de « rapport d'obligation », chacune constatant deux réalités différentes¹⁵⁴. À cet égard, Monsieur Ancel a dénoncé la nouvelle formulation de l'article 1101 du Code civil. Ce « tropisme obligationnel, auquel les rédacteurs de l'ordonnance n'ont finalement pas su résister n'a rien d'essentiel dans la définition du contrat et il ne se retrouve plus que dans de rares droits en dehors du Code civil et des codes qui en sont directement

¹⁵² D. MAZEAUD, « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, 2003, p. 81 ; Égal. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le contenu du contrat », in « Secret et contrat », *RDC* 2013. 756.

¹⁵³ Rappr. L. AYNES, « Vers une déontologie du contrat ? », *op. cit.*, n° 7 : « l'hypothèse que je formule est la suivante : le droit contemporain des contrats, de source principalement jurisprudentielle, établit une dissociation entre le contenu du contrat – les termes de l'échange si l'on veut – ou encore le contrat en tant qu'opération économique, le *bargain* diraient les Anglais, d'une part ; et les règles gouvernant le comportement contractuel, lequel est principalement unilatéral, d'autre part ». D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003. 295, n° 6 : « le contrat se compose de deux ensembles normatifs : l'un, d'ordre éthique, qui incarne le devoir-être contractuel ; l'autre, d'ordre économique, qui s'insère dans la prestation promise ».

¹⁵⁴ En ce sens, C. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse Strasbourg, 1950, n° 20, p. 30 ; L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. MALAURIE, *Économica*, 1984, n° 6, p. 24 : « la notion de « rapport contractuel » est, en réalité, un ensemble d'éléments épars : dettes, créances, droits potestatifs ».

inspirés »¹⁵⁵. De surcroît, la prérogative contractuelle n'est pas la seule composante non obligationnelle du contrat. Il serait tout aussi artificiel d'affirmer que « l'appareillage technique du contrat »¹⁵⁶ se réduit à cette manifestation de l'unilatéralisme que de définir le contrat comme « une simple addition d'obligations »¹⁵⁷. La diversité des clauses du contrat a d'ailleurs été décrite : aux côtés des clauses dites « de pouvoir » existent de multiples stipulations qui ne confèrent pas d'effets juridiques à l'activité unilatérale des contractants¹⁵⁸. Des règles sont vouées à réglementer l'attitude des parties, à organiser le règlement des différends ou à s'appliquer à titre de modalités de l'opération. Aucune d'entre elles ne permet d'exiger une prestation. Elles ne peuvent pas toutes être qualifiées de prérogatives contractuelles pour autant. Ni la clause d'indexation ni la clause limitative de responsabilité ni la clause pénale ne nécessite un acte unilatéral pour produire son effet, par exemple. De la même façon, le terme est une règle qui s'impose aux cocontractants. Il n'est pas un droit de créance mais ne se réalise pas non plus par un acte unilatéral. L'échéance du contrat s'impose aux parties de façon mécanique. Dès lors, le contenu non obligationnel du contrat apparaît comme un ensemble fourni et varié de règles au sein duquel la prérogative n'est qu'une catégorie parmi d'autres. Pour autant, une foule d'actes unilatéraux rythme l'opération juridique. Ce critère est, lui aussi, insuffisant.

B. Omniprésence de l'unilatéralisme dans le contrat

31. Les prérogatives contractuelles « viennent se greffer sur une situation contractuelle préexistante et introduisent de l'unilatéral dans un mécanisme, le contrat, qui n'en est pas l'espace naturel »¹⁵⁹. Cette affirmation mérite d'être nuancée. Si le contrat est souvent présenté

¹⁵⁵ P. ANCEL, « Sur une approche nominaliste du contrat », *op. cit.*, p. 13. À titre d'exemples, l'auteur cite l'art. 1098 du Code italien qui définit le contrat comme « l'accord de deux ou plusieurs personnes pour constituer, modifier ou éteindre entre elles un rapport juridique patrimonial ». Il mentionne également le droit allemand « où la distinction faite au sein des contrats, entre ceux qui ont des effets obligationnels (*schuldrechtliche Verträge*) et ceux qui ont seulement pour objet de faire naître ou de transmettre un droit réel (*sachenrechtliche Verträge*) postule qu'il n'y a pas de lien entre la notion de contrat (*Vertrag*) et celle d'obligation ».

¹⁵⁶ Expression de B. FAGES, *RTD civ.* 2007. 773, *op. cit.*

¹⁵⁷ P. STOFFEL-MUNCK, « Le créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *op. cit.*, spéc. n° 3

¹⁵⁸ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, *op. cit.*, n° 344, p. 188 : l'auteur définit les clauses de pouvoir comme celles qui permettent « à l'une ou l'autre partie d'agir sur le lien contractuel de manière unilatérale ».

¹⁵⁹ J. ROCHFLED, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.*, n° 7, p. 753. Dans le même sens, V. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, p. 167. Comp. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, qui entend largement la notion de prérogative contractuelle comme des pouvoirs contractuels (n° 229 et 232). Unilatérale, la prérogative peut selon cet auteur « se traduire par la faculté d'imposer sa volonté à autrui » et est, à ce titre, justifiée par le bien commun (n° 256). Rapp. M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels, Étude de droit privé*, *op. cit.*, n° 249 et s., p. 278 et s.

comme le temple du consensus, il est animé de multiples manifestations unilatérales de volontés des parties à tous les temps de son existence. À bien y regarder, l'unilatéralisme, conçu comme « l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté »¹⁶⁰ connaît de nombreuses incarnations. En tant que processus de réalisation du contrat, il est un phénomène ordinaire, qui circonscrit l'accord de volontés au moment de la conclusion du contrat (1). Les prérogatives en constituent une expression parmi d'autres (2).

1) La place du consensus dans le contrat

32. Le consensus ou « *mutuus* », se définit comme la réciprocité des consentements des contractants¹⁶¹. Le consensus semble immanent au contrat ; il en serait la source et l'expression. La réciprocité des consentements occupe, en effet, une place centrale dans les dispositions du Code civil, de l'article 1128 qui l'érige en condition de validité des contrats à l'article 1193 qui l'exige pour les modifier ou les révoquer. À première vue, donc, le consensus irrigue l'acte contractuel dans toutes ses dimensions. Pourtant, « il est bien plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux, et le droit ne pouvait pas ne pas attacher de conséquences à un acte aussi familier de la vie que celui qui consiste à prendre une décision »¹⁶². L'exigence de consensus n'a pas la même valeur selon les différentes phases d'existence de la situation contractuelle.

33. L'exigence de consensus au stade de la création de la situation contractuelle. L'exigence de réciprocité des consentements au stade de la création de la situation contractuelle est impérative. Aucune puissance unilatérale ne peut la contourner¹⁶³. En cause, la notion de consentement et la dualité que son sens recouvre. Traditionnellement associé à l'accord de volontés¹⁶⁴, l'échange des consentements est présenté comme l'instrument qui permet de donner vie au contrat. Dans son étymologie, le terme *contractus*

¹⁶⁰ L. AYNES, « Propos introductif », *op. cit.*, n° 1, p. 3. Comp. P. ANCEL, « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ? », in *La contractualisation de la production normative*, dir. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Dalloz, 2008, p. 307, spéc. n° 2, p. 308 : l'unilatéralisme désigne « les mécanismes qui, expression d'un pouvoir reconnu à une partie, lui permettent de se "rendre maître" du contrat, en contrôlant sa naissance, son contenu, son exécution, ou son expiration ».

¹⁶¹ Le « consensus » exprime la convergence des volontés en présence, du lat. *consensu* : « l'accord ». V. « Consensus », in *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.* V. aussi A. SIRI, *Le mutuus dissensus, Notion – Domaine – Régime*, préf. R. BOUT, avant-propos P. STOFFEL-MUNCK, PUAM, 2015, spéc. n° 3, p. 32

¹⁶² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, Thémis, PUF, 17^e éd., n° 18.

¹⁶³ Sur la prohibition des prérogatives contractuelles qui auraient vocation à contourner l'exigence de consensus au stade de la création de la situation contractuelle, V. *infra*, n° 228 et s.

¹⁶⁴ V. « Consentement », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

renvoie à « l'opération qui renferme en elle un accord »¹⁶⁵. Madame Frison-Roche a démontré que les notions de volonté et de consentement ne se confondent pas¹⁶⁶. Le consentement ne se réduit pas à la volonté, celle-ci n'en constituant qu'un aspect. D'abord compris comme « l'émission objective de la volonté »¹⁶⁷, le consentement une fois divulgué « perd cette unilatéralité pour former le lien contractuel, où il perd sa nature pour se subsumer dans le contrat »¹⁶⁸. Au-delà de l'extériorisation de la volonté, le consentement renvoie à un « assentiment »¹⁶⁹, si bien qu'« il y a toujours de l'aliénation dans un consentement »¹⁷⁰. Le « j'y consens » diffère du « je le veux » car le premier oblige quand le second se contente d'affirmer. Ainsi, le consentement ne se conçoit pas sans réciprocité, laquelle suppose une altérité¹⁷¹. Le terme même renvoie, par son étymologie latine, à une « communauté de sentiments »¹⁷² et a évolué vers l'idée d'acquiescement¹⁷³. En ce sens, le consentement revient à conférer à son destinataire un « gage »¹⁷⁴. De ce « gage » se déduit la dimension objective du consentement : « l'engagement » contractuel est ce qui assure la soumission du cocontractant. « C'est pour avoir le bien que je capture le consentement de l'autre ; c'est parce qu'il faut bien que je paie pour l'avoir que je me contrains »¹⁷⁵. Le consentement est par définition un échange. Il est ce « concours » décrit par Demolombe¹⁷⁶. La solitude de la volonté tranche avec

¹⁶⁵ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^e éd., 2012, p. 120 : *Contractus* [...] désigne l'opération qui donne naissance à une obligation, qu'elle soit unilatérale ou bilatérale, pourvu qu'elle recèle une *conventio*, un accord de volonté

¹⁶⁶ V. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573. Égal. T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p. 83, spéc. n° 11 p. 87-88 : le consentement est l'objectivation de la volonté, le passage du vouloir à l'acte contractuel.

¹⁶⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 21, n° 3.

¹⁶⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », *op. cit.*, n° 4, p. 22.

¹⁶⁹ V. « Consentement », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, A. LALANDE, PUF, 10^e éd., 2010.

¹⁷⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *op. cit.*, spéc. n° 2, p. 573.

¹⁷¹ En ce sens égal. S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, préf. B. FAGES, LGDJ, 2020, n° 2, p. 2 : « Parce que le consentement ne peut se concevoir que dans un rapport à l'autre, parce qu'il est toujours donné en considération d'autrui, il se distingue de la volonté entendue comme la puissance intérieure par laquelle l'homme se détermine à faire ou ne pas faire quelque chose et qui ne suppose donc qu'un rapport à soi ». V. aussi L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, dir. J. RAYNARD, préf. E. LOQUIN, Litec, 2008, n° 267, p. 169.

¹⁷² Issu de *Cum sentire*, V. P. OURIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit, Les obligations*, Thémis, PUF, 1957, n° 103, p. 120.

¹⁷³ V. « Consentement », in *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*

¹⁷⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *op. cit.*, spéc. n° 4-5, p. 574.

¹⁷⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 574. Il s'agit d'une « anticipation du consentement de l'autre » (*ibid.*, n° 5).

¹⁷⁶ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 24, Paris, Durand, 1868, n° 62. V. aussi D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 175.

la collaboration des consentements. Le caractère conflictuel du contrat¹⁷⁷ explique sa nécessaire réciprocité : « il faut concevoir non pas tant l'échange des consentements que le consentement parce que l'échange »¹⁷⁸. Le consentement apparaît, alors, comme ce dieu bifrons : un Janus propre à matérialiser la volonté d'un côté et à engager son auteur de l'autre. L'aliénation que renferme le consentement dans la création du contrat ne se conçoit pas sans réciprocité, sans *mutuus*. Parce que le contrat engage les parties par la force contraignante de leur promesse, l'aliénation doit être réciproque. L'exigence de rencontre des consentements a une fonction créatrice qu'aucune volonté unilatérale ne peut surpasser.

Ainsi, l'accord est la condition *sine qua non* à la formation du contrat et constitue un élément de sa définition, donnée par l'article 1101 du Code civil. C'est un principe impératif, corollaire de la liberté contractuelle. Comme chacun reste libre de contracter ou de ne pas contracter, personne ne peut imposer à autrui la formation d'une convention ; personne ne peut assujettir le consentement d'autrui. En revanche, une fois cette étape franchie, une fois l'aliénation acquise, l'exigence de consensus perd sa justification.

34. L'exigence de consensus au stade de l'exécution de la situation contractuelle. « Principe immémorial », « vérité éternelle » relevant du *jus universum*¹⁷⁹, le *mutuus dissensus*¹⁸⁰ ou *contrarius consensus*¹⁸¹ serait le mode de modification ou d'extinction du contrat le plus « conforme à l'esprit du droit français »¹⁸². Exposé comme le pendant naturel du *mutuus consensus*, le *mutuus dissensus* serait la seule technique à même de justifier qu'un

¹⁷⁷ C'est ici le contrat-permutation qui est visé en raison du caractère antagoniste des intérêts nécessairement divergents des parties. V. sur ce point S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, *op. cit.* ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *op. cit.*, spéc. n° 7, p. 574 : distincte du contrat, la société qui suppose la convergence des intérêts en présence renverrait à un acte collectif créateur d'institution. Il serait impropre de qualifier son acte de naissance « d'échange des consentements » du fait de l'hostilité que l'expression implique. L'auteur préfère « l'agrégat des consentements ».

¹⁷⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *op. cit.*, spéc. n° 7, p. 574.

¹⁷⁹ A. SIRI, *Le mutuus dissensus*, *Notion – Domaine – Régime*, *op. cit.*, n° 75, p. 95.

¹⁸⁰ V. R. VATINET, « Le mutuus dissensus », *RTD civ.* 1987. 252, spéc. n° 1 : « *mutuus* qualifie un échange entre deux personnes, chacune d'elles donnant et recevant, échange exigeant la réciprocité [...] ; *dissensus* est l'antonyme de *consensus*, le préfixe "dis" étant là pour rappeler que deux chemins se séparent [...] *Mutuus dissensus* pourrait être traduit approximativement par dissentiment réciproque ou mutuel. [...] En réalité, cette expression est employée pour signifier plus et autre chose que ce que suggère une traduction littérale. Il y a de part et d'autre – de la part des deux parties qui étaient à l'origine tombées d'accord – non un quelconque désaccord mais une volonté concordante de mettre fin à une situation juridique, que cette volonté commune avait précisément engendrée ».

¹⁸¹ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, prés. J.-P. LÉVY, Dalloz, 2003, p. 761.

¹⁸² I. ARIBI, *Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne*, dir. D. LEFEBVRE, thèse Grenoble, 1994, n° 181, p. 114.

changement survienne lors de l'exécution du contrat. Cependant, il est permis de s'interroger sur ce jeu de miroir, aux allures plus esthétiques que conformes à la réalité du droit positif. Le consensus renvoie ici à l'intangibilité. Instituée par l'ancien article 1134, alinéa 2, du Code civil, la règle exprime « ce qui ne peut être modifié ni révisé en dehors d'un commun accord »¹⁸³. L'intangibilité se décline en principe d'immutabilité et en principe d'irrévocabilité des contrats¹⁸⁴. Elle doit s'analyser au regard de l'époque qui l'a vue naître. La théorie de l'autonomie de la volonté a donné naissance à une conception instantanéiste du contrat : il se réduit à l'instant de sa création et s'épuise dès les consentements échangés¹⁸⁵. Le contrat n'a plus d'existence une fois les obligations nées. Néanmoins, l'évolution des contextes économique, financier et sociologique dans la deuxième moitié du XX^e siècle a bouleversé les relations juridiques : la représentation du contrat a changé, sa durée aussi¹⁸⁶. La création du contrat donne naissance à sa force obligatoire et, partant, au pouvoir de contrainte qui en résulte. Passé ce stade, il s'émancipe du consentement des contractants pour exister indépendamment d'eux : c'est la raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de renouveler les consentements pour faire produire au contrat ses effets. En dépit de l'article 1193 du Code civil, l'exigence de consensus au temps de l'exécution du contrat doit être relativisée. *In fine*, cette disposition traduit l'idée qu'en l'absence de dispositions ou de stipulations contraires, les parties ne peuvent, seules, modifier les termes du contrat. Dès lors, l'unilatéralisme contractuel peut y trouver sa place.

35. Intangibilité et unilatéralisme contractuel. Monsieur Chazal a dénoncé le détournement des alinéas premier et deuxième de l'ancien article 1134 au regard de l'Ancien droit, tiré des écrits des juristes romains¹⁸⁷. Ainsi de Cicéron, qui affirme que « quand les circonstances changent, le devoir change lui aussi, et il n'est pas toujours le même : il peut arriver que tenir une promesse convenue soit nuisible à celui à qui on a fait la promesse, ou à celui qui a promis. (...) Il ne faut donc pas tenir les promesses qui sont nuisibles à ceux qui les ont faites ; et également, si elles nous nuisent plus qu'elles ne servent à celui à qui nous les avons faites »¹⁸⁸. C'est encore le *Digeste* qui fait de la bonne foi et de l'équité des justifications

¹⁸³ V. « Intangible », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; V. art. 1193 C. civ.

¹⁸⁴ V. par ex. H. JUILLET-REGIS, *La force obligatoire du contrat, Réflexion sur l'intérêt au contrat*, dir. B. TEYSSIE, th. dactyl., Paris II, 2015, n° 376.

¹⁸⁵ V. *infra*, n° 155.

¹⁸⁶ V. *infra*, n° 157 et s.

¹⁸⁷ J.-P. CHAZAL, « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ? », *RDC* 2004. 237, spéc. p. 240-242.

¹⁸⁸ CICERON, *De Officiis*, I, X, 31 et 32, trad. E. Bréhier, in *Les Stoïciens*, Gallimard, Bibl. de la Pléiade, 1962, p. 505, cité par J.-P. CHAZAL, « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat », *op. cit.*, p. 241.

au non-respect de la parole donnée¹⁸⁹. L'influence des jurisconsultes a ensuite perduré : « c'est cet enseignement qui sera repris au Moyen Âge par la doctrine chrétienne, et notamment Thomas d'Aquin lequel, s'appuyant sur l'autorité de Sénèque (*De Beneficiis*, IV, 35), estime qu'un contractant n'est point infidèle s'il ne tient pas sa promesse en raison d'un changement dans les circonstances (*Somme théologique*, IIa-IIae, Q. 110, art. 3, sol. 5) »¹⁹⁰. Monsieur Chazal explique que l'exigence de révocation des contrats « par consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise »¹⁹¹ a été par erreur assimilée à l'idée d'intangibilité mais relève en réalité d'une exigence de parallélisme des formes empruntée à Ulpien par Domat. « L'obligation verbale se détruit verbalement, l'obligation consensuelle par un consentement contraire (*contrario consensu*). C'est excessivement solliciter le texte que d'y voir autre chose, et notamment un principe d'intangibilité absolu des conventions »¹⁹².

Cette approche du droit commun du contrat est entérinée par l'observation du régime de certains contrats spéciaux. À cet égard, l'irrévocabilité spéciale des contrats de donation est éloquente¹⁹³. Elle sanctionne par une nullité absolue les clauses qui confèrent un droit de regret au donateur en lui permettant de revenir sur ce qui a été consenti¹⁹⁴. L'accord du donataire n'y change rien ; le repentir est exclu¹⁹⁵. À l'inverse, ces clauses sont licites en droit commun, à l'image du réméré ou du dédit. Comme l'explique Michel Grimaldi, « l'irrévocabilité ordinaire des contrats interdit donc déjà au donateur de reprendre *proprio motu*, directement ou indirectement, ce qu'il a donné. [...] L'irrévocabilité spéciale des donations y ajoute l'interdiction, pour le donateur, de se réserver dans l'acte, donc *par avance* et *avec l'accord du donataire*, le moyen de reprendre, directement ou indirectement, ce qu'il donne. Alors que, d'ordinaire, la convention peut, sous certaines conditions, stipuler au bénéfice de l'une des

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Anc. art. 1134, al. 2 C. civ.

¹⁹² J.-P. CHAZAL, « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat », *op. cit.*, p. 240. Égal. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, spéc. p. 729. Le parallélisme des formes ou « principe de symétrie » résulte de considérations bien éloignées de la théorie de la volonté. Ainsi, exiger des parties qu'elles éteignent une obligation contractuelle par l'exécution des solennités symétriquement opposées à celles de sa création avait principalement pour fonction d'enjoindre les parties à la réflexion, de leur rappeler les dispositions du contrat originel, ainsi que faciliter la preuve et la tâche du juge. Selon l'auteur, ce système a pris fin au début de l'Empire, « où le droit civil a admis qu'un mode non formel tel que le paiement pourrait éteindre [...] les obligations nées des contrats formels ».

¹⁹³ Comp. W. DROSS, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011. 25, qui considère que le principe est dépourvu de tout fondement rationnel.

¹⁹⁴ Art. 894, et 944 C. civ. La nullité étant absolue, elle est ouverte au donateur si bien qu'elle a parfois pour effet de consacrer l'irrévocabilité prévue dans le contrat de donation plutôt que de la sanctionner.

¹⁹⁵ Sur ce point, V. *Droit patrimonial de la famille*, M. GRIMALDI (dir.), Dalloz Action, 2018-2019, 6^e éd., spéc. n° 314.11 et s.

parties une faculté de rupture ou de reprise unilatérale, un droit de repentir, la donation ne le peut aucunement au bénéfice du donateur »¹⁹⁶. L'irrévocabilité spéciale prohibe de manière impérative ce que l'irrévocabilité générale organise seulement de façon supplétive. L'irrévocabilité générale se limite à interdire l'unilatéralisme qui surviendrait sans que le contrat ou la loi l'autorise or, plusieurs dispositions issues de la réforme du 10 février 2016 permettent l'unilatéralisme une fois le stade de la conclusion du contrat dépassé.

La progression de l'unilatéralisme contractuel dans le nouveau Code civil est notable¹⁹⁷. La faculté de fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service en constitue un exemple¹⁹⁸. La clause résolutoire est explicitement consacrée et dotée d'un régime¹⁹⁹. La résolution par notification fait également son entrée, qui autorise la résolution unilatérale en cas de grave inexécution par simple notification du créancier au débiteur²⁰⁰. La faculté de résiliation unilatérale est reconnue par le législateur dans les contrats à durée indéterminée²⁰¹. Le droit d'option dans la promesse unilatérale bénéficie d'un régime qui rend inefficace la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter²⁰². Ces consécutions législatives représentent les expressions les plus courantes – du moins les plus réputées – de la puissance unilatérale d'un contractant. La célébrité des arrêts qui les ont consacrées et les sagas jurisprudentielles dont elles ont fait l'objet en apportent la preuve²⁰³. Il est donc faux de prétendre que le consensus au stade de l'exécution du contrat, corroboré par l'intangibilité des règles qui en découlent, institue un principe qui s'impose aux contractants.

¹⁹⁶ M. GRIMALDI, *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1208.

¹⁹⁷ V. en ce sens A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *op. cit.* ; P. DUPICHOT, J.-D. BRETZER, M. THOMAS, « User des prérogatives contractuelles », *JCP E* 2016. 1315, spéc. n° 12 et 22.

¹⁹⁸ Art. 1164 et 1165 C. civ., par exception au principe général de déterminabilité de la prestation posé à l'art. 1163 C. civ. *Adde* C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *RDC* 2017. 558, spéc. n° 18.

¹⁹⁹ Art. 1225 C. civ.

²⁰⁰ Art. 1226 C. civ.

²⁰¹ Art. 1211 C. civ.

²⁰² Art. 1124 C. civ.

²⁰³ Pour le droit d'option, V. Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, *Consorts Cruz*, n° 91-10.199, *Bull. civ.* III, n° 174 ; *D.* 1994, som. 230, O. TOURNAFOND ; *D.* 1995, som. 87, L. AYNES ; *Défrenois* 1994. 795, P. DELEBECQUE ; *JCP G.* 1995.II.22366, D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1994. 588, J. MESTRE. V. aussi Cass. Civ. 3^e, 11 mai 2011, n° 10-12.875, *Bull. civ.* III, n° 77 ; Cass. Com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526. Pour la fixation unilatérale du prix, V. Cass., Ass. plén., 1^{re} déc. 1995, n° 91-19.653, n° 91-15.578, n° 91-15.999, n° 93-13.688, *op. cit.* Pour la clause résolutoire, V. Cass. Civ. 1^{re}, 25 nov. 1986, n° 84-15.705, *Bull. civ.* I, n° 279 ; Cass. Civ. 3^e, 2 avr. 2003, n° 01-14.774, *Bull. civ.* III, n° 78 ; *RTD civ.* 2003. 705, J. MESTRE et B. FAGES.

2) Variété des actes unilatéraux dans le rapport contractuel

36. **Présence de l'unilatéralisme dans le contrat.** Le *mutuus consensus*, nécessaire en tant que source de la convention, a occulté l'unilatéralisme intrinsèque à toute activité individuelle²⁰⁴. Le contrat, en tant que fait de l'homme, n'y échappe pas. L'offre, l'acceptation, le paiement ou la mise en demeure sont autant de manifestations de l'unilatéralisme dans une situation contractuelle ; le dédit, la résiliation, l'option et la résolution également²⁰⁵. On peut aussi citer « la ratification de la gestion du mandataire, la confirmation du contrat nul [et] la renonciation à la sanction »²⁰⁶. Hormis l'hypothèse d'un avenant, il n'existe plus de consensus une fois le contrat formé. L'accord de volonté prend un caractère résiduel d'un point de vue quantitatif. Il ne fait son apparition qu'au stade précis de la naissance du contrat, comme source de la convention. L'unilatéralisme reprend naturellement ses droits avant et après cette étape. Au commencement de tout acte est la volonté, derrière laquelle réside « l'unicité de la conscience »²⁰⁷. Aucun « mariage » n'endigue la solitude de la volition²⁰⁸. Dès lors, le consensus ne règne que de manière éphémère, lors de la conclusion du contrat. La période précontractuelle et l'exécution contractuelle sont, pour leur part, submergées par l'activité unilatérale des parties. Par conséquent, il est impossible de soutenir que l'unilatéralisme n'a pas sa place dans le contrat. La prérogative en constitue une expression parmi d'autres. La difficulté réside dans le fait de cerner la notion de prérogative par rapport à l'ensemble des actes unilatéraux qui s'inscrivent dans les rapports contractuels.

37. **Insuffisance du constat de l'unilatéralisme.** Dans sa définition traditionnelle, l'acte juridique unilatéral consiste à « toute manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit, soit à sa charge, soit même à son profit »²⁰⁹. L'acte est accompli par une volonté solitaire dans le but de produire un effet de droit²¹⁰. Il s'agit de reconnaître à la volonté unilatérale une force obligatoire²¹¹. Rouhette affirme

²⁰⁴ Rapp. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, par ex. n° 90, p. 96.

²⁰⁵ En ce sens, L. AYNES, « Vers une déontologie du contrat ? », *op. cit.*, n° 16.

²⁰⁶ L. AYNES, « Rapport introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des contrats*, *op. cit.*, p. 3, spéc. n° 8, p. 5.

²⁰⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », *op. cit. et loc. cit.*, n° 3, p. 21.

²⁰⁸ V. la formule de J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *op. cit.*, n° 1030, p. 2119 : « On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage ».

²⁰⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les Obligations*, Vol. II, Quadrige, PUF, 2004, p. 1939 : « ce n'est pas une simple différence de degré : il y a dans la coopération de deux volontés une autre nature que dans la volonté solitaire, et dans l'affirmation du *nous* autre chose qu'un pluriel du *je* ».

²¹⁰ Par ex. F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 50.

que la théorie de l'acte unilatéral « est fonction d'une autre théorie : l'acte unilatéral « manifeste l'unité du sujet de droit »²¹². L'unilatéralisme et l'acte unilatéral se conçoivent alors comme les deux faces d'un même procédé, selon que l'on se place du point de vue de son auteur (unilatéralisme) ou de sa concrétisation (acte unilatéral)²¹³. Opposé au fait juridique pour lequel les conséquences juridiques de l'activité humaine sont incidentes²¹⁴, l'acte juridique est conçu pour produire de telles conséquences. La mise en œuvre des prérogatives contractuelles, c'est-à-dire la réalisation de leur effet, suppose un acte unilatéral. La levée d'option requiert une manifestation de volonté qui engendre la concrétisation définitive du contrat envisagé par la promesse²¹⁵. De la même manière, l'extinction unilatérale du contrat est un effet juridique qui procède de la manifestation de volonté d'un contractant²¹⁶. Les sanctions unilatérales du contrat sont, elles aussi, permises par la manifestation de volonté du créancier²¹⁷. L'effet de la prérogative résulte donc de la manifestation de volonté de son titulaire que le contrat habilite à exprimer s'il lui chaut. . Le constat d'un acte unilatéral dans le processus de réalisation de la prérogative ne permet pas de saisir son essence de la prérogative, cependant. D'une part, il caractérise seulement l'exercice de la prérogative mais non sa structure. D'autre part, la multiplicité des actes unilatéraux qui interviennent au cours de la vie contractuelle empêche de l'individualiser. Cet aspect dévoile l'ambiguïté de la notion d'acte unilatéral, que des auteurs ont tenté d'éclaircir.

« Dans la vaste demeure du droit, l'acte juridique occupe une pièce obscure, et l'on y entre plus aisément qu'on y ressort »²¹⁸. En apparence simple, la complexité du concept d'acte unilatéral se niche dans les deux parties de l'axiome censé résumer son essence. La recherche

²¹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les Obligations, op. cit.*, p. 1939.

²¹² G. ROUHETTE, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », in *Droits*, n° 7, *L'acte juridique*, PUF, 1988, p. 29, spéc. p. 32.

²¹³ Comp. P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme, op. cit.*, spéc. p. 27 : l'auteur estime que l'unilatéralisme, par son suffixe, caractérise une idée plutôt qu'un mécanisme.

²¹⁴ C. QUETAND-FINET, « La nature juridique du paiement : ce que la controverse nous apprend », *D.* 2013. 942.

²¹⁵ I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, p. 137 et s. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, avant-propos I. NAJJAR, préf. J. MESTRE, PUAM, 1999, n° 57, p. 52. F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 50.

²¹⁶ Par ex. Cass. Com. 22 févr. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 38 (démission d'un dirigeant de société). Cass. Civ. 3^e, 12 juil. 1988, *Bull. civ. III*, n° 126 (congé dans un bail). V. CHEMINADE, « Une question toujours actuelle : la nature juridique du congé en matière de louage de choses et de services », *RTD civ.* 1972. 307.

²¹⁷ V. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, préf. D. MAZEAUD, Economica, 2013, n° 126 et s., p. 119 et s.

²¹⁸ J. COMBACAU, « Ouverture », in *Droits*, n° 7, *L'acte juridique, op. cit.*, p. 5. Dans le même sens, C. GRZEGORCZYK, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », in *Droits*, n° 7, *L'acte juridique, op. cit.*, p. 47.

de l'*intention* du sujet de créer des effets de droit ne va pas sans difficulté²¹⁹, mais c'est surtout dans l'acception qu'il faut retenir de l'*effet de droit* produit par la manifestation de volonté que la problématique est vigoureuse. Que la doctrine définisse l'effet de droit comme « la création, la modification ou l'extinction d'un droit »²²⁰ ou qu'elle considère plus intensément la notion comme se rattachant soit à « la formation, la modification ou l'extinction d'un rapport de droit » soit à l'instauration d'un « état, c'est-à-dire d'une situation juridique générale et permanente »²²¹, on peine à déceler l'originalité des prérogatives. Monsieur Encinas de Munagorri a dénoncé le raisonnement circulaire selon lequel « l'effet de droit se définit comme un effet juridique et vice versa »²²². Le propos se transforme en aporie : si l'effet de droit se comprend comme l'effet juridique – c'est-à-dire comme un simple effet reconnu par le droit –, alors rares sont les activités individuelles dans la situation contractuelle qui ne sont pas des actes unilatéraux. L'offre lie son auteur, l'acceptation forme le contrat, la mise en demeure du débiteur permet de déclencher les sanctions de l'inexécution et le paiement éteint la dette²²³. L'acte juridique unilatéral tel qu'on le conçoit classiquement est impuissant à exprimer la spécificité de la prérogative contractuelle, noyée dans la diversité des expressions de l'unilatéralisme. Des auteurs ont proposé de se rapporter aux travaux de la doctrine

²¹⁹ V. B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 154 et s.

²²⁰ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1951, n° 17, p. 27. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Dalloz, 7^e éd., 1931, n° 49.

²²¹ J. BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. II, Sirey, 1925, n° 251, p. 283.

²²² R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 61, p. 73 ; Sur l'opacité de la notion d'effet juridique et les difficultés de la doctrine à lui donner une définition propre, V. J. COMBACAU, « Ouvertures », *op. cit.*

²²³ La qualification de la nature juridique du paiement fait l'objet d'une controverse. V. C. QUETAND-FINET, « La nature juridique du paiement : ce que la controverse nous apprend », *op. cit.* Traditionnellement qualifié d'acte juridique (Cass. Civ. 1^{re}, 5 oct. 1976, n° 75-12.099, *Bull. civ. I*, n° 282 ; *Defrénois* 1977. 1248, J.-L. AUBERT), il a été requalifié en fait juridique (Cass. Civ. 1^{re}, 6 juil. 2004, *Bull. civ. I*, n° 202 ; *RDC* 2005. 286, P. STOFFEL-MUNCK ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 sept. 2010, n° 09-13.947, *D.* 2010. 2156, X. DELPECH, 2679, P. DELEBECQUE, 2011. 483, B. FAUVARQUE-COSSON, et 631, C. CRETON ; *RTD com.* 2010. 765, D. LEGEAIS ; *RDC* 2011. 103, R. LIBCHABER ; *Contrats conc. consom.* 2010. comm. 14, L. LEVENEUR ; *RLDC* 2010/76. 15, A. PAULIN ; *JCP G* 2010. Actu. 940, G. DEHARO. ; *LPA* 2011, n° 133, p. 19, E. MAISON), sans que cette nouvelle qualification convainque toutes les chambres de la Cour de cassation (V. par ex. Cass. Civ. 3^e, 27 févr. 2008, n° 07-10.222, *Bull. civ. III*, n° 35 ; *D.* 2008. 2824, T. VASSEUR). Outre les facilités probatoires qu'elle entraîne, la qualification du paiement comme fait juridique découlerait de sa définition moderne : l'effet du fait juridique aurait pour fondement la loi et proviendrait de la seule réalisation du fait, peu importe qu'il y ait eu une manifestation de volonté en ce sens. V. N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1961, n° 159-164 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 9. Des auteurs ont proposé une qualification distributive, selon que le paiement intervienne dans le cadre d'un acte juridique (contrat essentiellement) ou non. Dans le premier cas, c'est toujours la volonté qui est à l'origine de la satisfaction du créancier ce qui confère au paiement la qualification d'acte juridique. Sinon, le paiement est un fait dont les conséquences juridiques procèdent de la loi. V. G. LOISEAU, « Réflexions sur la nature du paiement », *JCP G* 2006. I. 171. Comp. A. SERIAUX, « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD civ.* 2004. 225, selon lequel le paiement n'est ni un acte ni un fait juridique.

publiciste²²⁴. Il faudrait se référer à la définition donnée par Charles Eisenmann, qui conçoit l'acte unilatéral comme l'acte qui modifie la situation juridique des tiers²²⁵. Cependant, les sphères juridiques des contractants ne sont pas imperméables les unes aux autres, de sorte que cette proposition ne règle pas les difficultés posées par l'acte unilatéral dans les rapports contractuels. Le paiement modifie la situation du créancier par l'extinction de son droit de créance, de même que la rupture unilatérale éteint la qualité de parties au contrat. Pour autant, ces deux actes unilatéraux ont une nature distincte. Monsieur Encinas de Munagorri propose de substituer à l'acception commune la définition selon laquelle l'acte juridique unilatéral est la manifestation de volonté ayant pour objet une modification de l'ordre juridique, par opposition aux actes qui ont pour objet la réalisation de l'ordre juridique²²⁶. Dès lors, la seule réalisation des prévisions communes des parties, au premier rang desquelles le paiement d'une dette, ne pourrait être compté parmi les actes juridiques unilatéraux. Cette définition circonscrit la notion d'acte unilatéral mais ne permet pas de saisir la nature de la prérogative contractuelle²²⁷. Dans cette conception, l'*effet* produit par la manifestation unilatérale de volonté passe au second plan au profit de l'*objet* de l'action. Ce que vise l'auteur de l'acte (par son objet) prédomine sur ce qui se réalise (par l'effet) dans la qualification. L'auteur d'une action en nullité manifeste unilatéralement sa volonté d'annuler le contrat : l'objet est donc une modification de l'ordre juridique. L'effet, en revanche, doit être relativisé puisque la nullité est subordonnée à l'appréciation du juge. Pourtant, l'action en nullité modifie la situation juridique du cocontractant qui se retrouve partie à un litige sans l'avoir voulu. Dans le cadre de la prérogative contractuelle, il n'existe aucune différence entre ce que veut le *potentior* et ce qu'il fait : l'objet de la résiliation unilatérale est l'extinction du contrat pour l'avenir ; son effet l'est également. L'intention qui réside dans la manifestation de volonté du titulaire se réalise directement, c'est-à-dire que la modification obtenue par la manifestation de volonté correspond à ce qui a été exprimé. De surcroît, la technique de la prérogative contractuelle mêle réalisation et modification de l'ordre juridique. La réalisation du droit

²²⁴ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 84 et s., p. 92 et s. X. DUPRE DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale...*, *op. cit.*, spéc. p. 7

²²⁵ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982 (t. 1) – 1983 (t. 2), spéc. T. 1, p. 420 et T. 2, p. 394 et 690

²²⁶ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 64, p. 75-76. Rapp. B. MORON-PUECH, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 315 et s. : l'acte juridique serait celui qui a pour effet la création d'une nouvelle norme tandis que le fait juridique consisterait en la réalisation d'une condition d'application d'une norme préexistante, indépendamment de l'intention de l'auteur de « l'acte humain ».

²²⁷ Rapp. A. GHOZI, « R. Encinas de Munagorri, *L'acte juridique unilatéral dans les rapports contractuels* », *RIDC* 1997-4, p. 995-996 : l'auteur se demande si « la thèse soutenue ne tiendrait pas plutôt dans la démonstration de l'hétérogénéité de l'acte unilatéral dans les rapports contractuels ».

consiste dans la modification de la situation juridique qui l'abrite²²⁸. Par exemple, la clause résolutoire modifie la situation contractuelle en y mettant un terme. Pour autant, son exercice par le créancier est une réalisation de l'ordre juridique puisque celui-ci ne fait qu'user d'un droit qui lui est accordé par le contrat. Dans la mesure où le contrat habilite les parties à prendre des actes unilatéraux, la modification de la situation juridique est autorisée par la réalisation de la situation juridique. Ainsi, l'omniprésence de l'unilatéralisme dans le contrat empêche de se contenter du constat que la prérogative se réalise par un processus unilatéral. L'exercice de la prérogative est un acte unilatéral qui s'inscrit dans le rapport contractuel mais ce n'est pas le seul.

38. **Conclusion de la section.** La notion de prérogative contractuelle a pu être affinée. D'une part, elle est de nature non obligationnelle. Ce faisant, elle ne se confond pas avec un droit de créance dans la mesure où elle ne permet pas à la partie qui en bénéficie d'exiger quelque chose d'autrui. D'autre part, elle suppose un acte unilatéral pour produire son effet. Sa réalisation ne procède pas des effets mécaniques du contrat mais exige l'intervention du contractant qui entend la mettre en œuvre. Ces caractéristiques ne suffisent pas, cependant, à saisir la notion. L'unilatéralisme se manifeste de multiples façons au cours de la vie du contrat. D'un point de vue structurel, la prérogative se distingue de l'offre, de l'acceptation, du paiement ou d'une action en nullité par la puissance qu'elle octroie à son titulaire, le *potentior*. À cet égard, les prérogatives ne correspondent qu'à « certaines manifestations de l'unilatéralisme contractuel »²²⁹. Ce constat incite à penser que le caractère unilatéral de la prérogative va au-delà de la mécanique de sa réalisation.

²²⁸ Sur la modification comme effet de la prérogative contractuelle, V. *infra*, n° 55 et s.

²²⁹ D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle... », *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 4, p. 646.

Section 2. Les critères distinctifs

39. « Tout signe d'unilatéralisme n'est pas synonyme de prérogatives contractuelle »²³⁰. Si la prérogative se réalise par un acte unilatéral, elle se définit surtout comme une puissance qui consiste à imposer sa volonté. Ce faisant, la prérogative s'institue comme la manifestation la plus poussée de l'unilatéralisme contractuel. Elle permet à son titulaire – le *potentior*²³¹ – d'édicter seul une règle ayant force de loi pour lui-même et son cocontractant. Cette forme de souveraineté privée, permise par le droit positif, consiste à prendre une décision (§1) qui a pour effet de décréter une modification lors de la réalisation des effets du contrat (§2).

§1. La décision, objet de la prérogative contractuelle

40. La décision « constitue la principale manifestation du pouvoir, entendu comme la faculté d'imposer sa volonté à autrui »²³². Ce faisant, elle est omniprésente dans le domaine juridique. On le constate, par exemple, en matière gracieuse ou contentieuse pour la décision judiciaire ou administrative²³³. Néanmoins, la décision juridique n'est pas l'apanage des autorités de tout ordre²³⁴. Si « le droit est par nature un domaine privilégié de l'activité décisionnelle : décisions législatives ou de justice, actes de l'administration »²³⁵, la décision trouve également sa place en droit privé²³⁶. Elle prend un caractère juridique (et non simplement factuel) en ce qu'elle est soumise à des règles de droit et produit des effets de droit²³⁷. Décider, c'est choisir. Décider, c'est exprimer sa volonté ; c'est aussi l'imposer. Décider, c'est contrôler. Telle est la particularité de la prérogative contractuelle parmi les actes unilatéraux : elle consiste à prendre une décision qui s'impose au cocontractant. L'acte unilatéral dont elle procède présente une exacte synergie entre son objet et son effet. L'objet de la décision est de modifier d'une certaine manière un élément donné de la situation contractuelle ; l'effet de droit correspond exactement à la réalisation de cet objet. Il n'existe

²³⁰ J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles... », *op. cit.*, n° 9, p. 697

²³¹ Du latin *potens*, *potentis*, nomm. sing. *potentior*, plur. *potentiores* (masc. et fem.) : « celui ou celle qui détient la puissance ».

²³² P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008. 2293, n° 1. Rappr. M. WEBER, *Concepts fondamentaux de sociologie*, Textes choisis et traduits par J.-P. GROSSEIN, Tel, Gallimard, 2016, p. 159 : « la puissance (*Macht*) signifie toute chance d'imposer, au sein d'une relation sociale, sa volonté propre ».

²³³ V. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, *op. cit.*, n° 308, p. 226.

²³⁴ V. « Décision », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²³⁵ D. BOURCIER, *La décision artificielle, Le droit, la machine et l'humain*, préf. L. MEHL, PUF, 1995, p. 21.

²³⁶ Des auteurs ont proposé des analyses de la décision en droit privé. V. not. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, *op. cit.* ; X. DUPRE DE BOULOIS, *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006 ; P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *D.* 2008. 2293.

²³⁷ En ce sens, D. BOURCIER, *La décision artificielle, Le droit, la machine et l'humain*, *op. cit.*, p. 25.

pas de décalage entre ce qui est recherché par l'auteur de la décision et ce qui se produit. L'effet se réalise sans intervention extérieure, sans étape intermédiaire, sans nécessiter une rencontre avec la volonté d'un tiers ; la décision se suffit à elle-même. C'est un acte unilatéral « parfait ». La prérogative est l'expression de cette puissance décisionnelle dans le contrat (1). Corrélativement, elle plonge le cocontractant dans un état de passivité, qui n'a d'autres choix que de s'y soumettre (2).

A. Les attributs de la décision juridique accordée au contractant

41. L'essence décisionnelle de la prérogative permet d'identifier les caractéristiques de la *potestas* contractuelle, qui s'oppose aux simples demandes et aux avantages préférentiels accordés aux contractants (1). Par définition, la décision a pour support un choix, ce qui véhicule de l'incertitude pour le sujet passif qui la subit. Cette incertitude est rendue tolérable grâce à la délimitation de l'alternative dont bénéficie le potentiel (2).

1) *La décision, substrat de la prérogative contractuelle*

42. **La décision, incarnation de la puissance du contractant.** Toute prérogative contractuelle repose sur la possibilité donnée à son titulaire d'imposer sa décision. « Détenir du pouvoir, c'est disposer de la faculté de décider »²³⁸. Telle est l'essence de la *potestas*. La signification étymologique du terme « puissance » se vérifie avec la définition de la condition « potestative » : elle est soit celle dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur²³⁹, soit celle que le débiteur a le choix de faire ou non se réaliser. Monsieur Najjar a fait un « bilan terminologique » de la potestativité²⁴⁰. Reprenant les multiples études relatives à la notion, il affirme que celle-ci n'est autre que « le pouvoir donné à une volonté ». Ce pouvoir se concrétise dans la notion de décision. Parce que, dans son sens commun, le pouvoir est la possibilité d'agir²⁴¹, l'exercer implique inévitablement de décider. Ce faisant, la décision n'est pas seulement un élément du processus de réalisation du droit – comme on « décide » de

²³⁸ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, *op. cit.*, n° 305, p. 225 ; « La décision et le droit privé », p. 2293.

²³⁹ Art. 1304-2 C. civ. (Comp. anc. art. 1170 C. civ.).

²⁴⁰ L'auteur a toujours exprimé l'irréductibilité de la notion aux seuls droits d'options, objets de sa thèse. Par ex. « La définition du droit d'option a dû aider à révéler la catégorie plus générale (la potestativité) dans laquelle il s'insère », I. NAJJAR, « La potestativité », *RTD civ.* 2012. 601, p. 603.

²⁴¹ V. « Pouvoir », in *Grand Larousse Encyclopédie*, t. VIII, Larousse, 1963 : « puissance, faculté de faire quelque chose, droit d'agir ». V. *Le Petit Robert*, J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), 2012 : « possibilité d'agir. Le fait de pouvoir, de disposer de moyens naturels ou occasionnels qui permettent une action ». V. égal., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (dir.), Anthologie du droit, LGDJ, 2018 : « sens gén. : la capacité d'amener une ou plusieurs personnes à agir, individuellement ou collectivement, d'une manière désirée ». *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, A. LALANDE, Quadrige, PUF, 2010 : « capacité ou faculté naturelle d'agir ».

payer sa dette ou comme on « décide » de mettre en demeure le débiteur – ; elle est l’objet de la prérogative, son essence²⁴².

Caractérisée comme une prérogative contractuelle par la jurisprudence, la faculté de rupture unilatérale du contrat en constitue une illustration patente. Sa structure repose sur l’octroi d’un choix à son titulaire, qui peut mettre fin au lien contractuel s’il le veut. Il en va ainsi, également, de la clause de modification unilatérale des supports financiers. L’assureur se réserve la puissance de décréter de quels supports de placement bénéficie l’assuré. De la même manière, la stipulation qui autorise à faire varier le volume de commande dans un contrat de distribution permet de déterminer une règle d’exécution du contrat à laquelle le cocontractant est astreint. Les effets de la décision sont divers, qui touchent autant à l’existence du lien contractuel qu’au contenu des règles dotées de force obligatoire mais le substrat décisionnel, lui, est constant. Pareillement, le droit d’option confère la puissance de prononcer la conclusion définitive du contrat puisque l’alinéa 2 de l’article 1124 du Code civil dispose que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n’empêche pas la formation du contrat promis ». La décision se matérialise par un « acte unilatéral parfait » : la volonté manifestée engendre *ipso facto* l’effet recherché par son auteur. À l’inverse, quantité d’actes unilatéraux ne consistent pas en une décision. Tel est par exemple le cas de l’offre de contracter ; il s’agit même du contraire d’une décision. Si l’offre dispose bien d’un effet juridique en ce qu’elle lie son auteur pour un délai raisonnable ou à défaut d’un temps déterminé²⁴³, sa finalité – qui est celle de voir le contrat projeté se former – ne peut advenir sans rencontrer l’acceptation d’autrui. En cela, l’offre ne crée pas à elle seule une situation contractuelle et n’est pas une décision.

La décision s’oppose à l’événement qui survient indépendamment de l’intervention du débiteur. De ce fait, la prérogative contractuelle n’existe pas à l’endroit d’une modification automatique créée par le jeu d’une condition suspensive, par exemple. La jurisprudence *Les Maréchaux* a d’ailleurs illustré ce propos. Le contrat de cession de titres subordonnait le déclenchement de la clause de garantie de passif à « toute augmentation du passif résultant d’événements à caractère fiscal dont le fait générateur serait antérieur à la cession »²⁴⁴. Il ne s’agissait en rien d’une décision mais d’un événement, fait objectif indépendant de la volonté

²⁴² Sur la notion d’objet de droit, V. *infra*, n° 124 et s.

²⁴³ Art. 1116 C. civ. (sous réserve que l’offre n’ait pas été rétractée avant sa réception par son destinataire, art. 1115 C. civ.).

²⁴⁴ Cass. Com. 10 juil. 2007, *loc. cit.*

des parties donnant naissance au droit de créance. Dans le même sens, la révocation d'une donation prévue à l'art. 960 C. civ. est exclue de la catégorie, puisque la disposition prévoit qu'elle survient de plein droit en cas de naissance d'un enfant, sans laisser la possibilité au donateur d'en décider²⁴⁵. De surcroît, la notion de décision permet d'évincer de la catégorie des prérogatives contractuelles l'octroi unilatéral d'un avantage déterminé à un contractant au détriment de l'autre. Contrairement aux prérogatives de puissance publique²⁴⁶, les prérogatives contractuelles de droit privé ne regroupent pas tous les privilèges accordés de façon unilatérale²⁴⁷. La puissance se distingue du simple bénéfice préférentiellement octroyé²⁴⁸. Par exemple, le pacte de préférence ne confère que le droit de bénéficier d'une offre prioritaire. Aucun choix ne s'impose au cocontractant ; nulle puissance décisionnelle n'en émane. C'est également le cas dans la clause de non-concurrence : celle-ci octroie un avantage qui ne correspond pas à une décision mais à une obligation de ne pas faire. La clause limitative ou exclusive de responsabilité au bénéfice d'un contractant est aussi exclue puisque, là encore, elle ne consiste pas à permettre de prendre une décision.

43. Autosuffisance de la décision. La puissance qui s'infère de la décision se déduit de la force obligatoire de son effet. Cet axiome évince de la catégorie des prérogatives contractuelles l'ensemble des décisions qui nécessitent soit la rencontre d'une autre volonté manifestée (c'est le cas de l'offre), soit d'être acceptées ou homologuées par un juge²⁴⁹. Ainsi, l'action en nullité du contrat et sa résolution sur le fondement des articles 1227 et 1228 C. civ. ne constituent pas des prérogatives contractuelles. La révocation d'une donation pour cause d'inexécution des conditions ou pour ingratitude (art. 956 C. civ.) non plus. Toutes s'apparentent à de simples demandes dans la mesure où l'effet recherché est subordonné à la volonté du juge. Exprimer le caractère autosuffisant de la décision n'empêche pas que la

²⁴⁵ V. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 223, p. 134.

²⁴⁶ V. *supra*, n° 2.

²⁴⁷ Comp. P. DELEBECQUE, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », *op. cit.*, n° 2, p. 682. V. égal. F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 9, p. 714.

²⁴⁸ La différence des mécanismes en jeu peut être rapportée à la distinction entre l'unilatéralisme et l'unilatéralité. L'unilatéralité renvoie à toutes les formes d'unicité et peut se traduire comme toute chose qui relève d'un caractère unilatéral, englobant les deux types de clauses (V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », *op. cit.*, n° 3, p. 21). L'unilatéralisme se conçoit comme l'aptitude à créer des effets de droit par l'expression d'une volonté unique. La décision est le point d'orgue de l'unilatéralisme ; c'est un unilatéralisme « parfait ».

²⁴⁹ En ce sens déjà, R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 3^e éd. 1925, Éditions La Mémoire du Droit, 2001, n° 298, p. 347, à propos de la « déclaration de résiliation », assimilable à une clause de résolution unilatérale : « c'est d'ailleurs un des traits caractéristiques du projet d'avoir supprimé, partout où il l'a pu, l'intervention de la justice pour les actes qui constituent un droit pour les particuliers et qui ne dépendent que de la volonté de celui qui est autorisé à les exercer ».

prérogative ait fait l'objet d'un consensus pour exister. La clause de modification unilatérale du volume des commandes est née de la rencontre des volontés des parties. Une fois entrée dans le contenu contractuel, cependant, elle ne commande plus de trouver un appui extérieur. L'autosuffisance de la décision signifie qu'elle n'est pas astreinte à l'accord d'une volonté tiers concomitamment ou postérieurement à son expression. En cela, la décision se présente comme la notion antithétique du consensus qui réclame non seulement l'unanimité des vouloirs mais encore leur simultanéité²⁵⁰. Par exemple, la cession de contrat, qui s'analyse comme une cession de position contractuelle²⁵¹, peut être accordée par avance par le contractant. Pour autant, celle-ci reste une éventualité qu'il appartient à l'autre partie de faire se réaliser. S'il en décide ainsi, la cession s'impose sans que le contractant cédé puisse y faire obstacle par son désaccord. Le mécanisme s'assimile à une faculté de substitution dont on trouve diverses applications dans la jurisprudence²⁵². Il se distingue de la cession de contrat acceptée au moment de la cession par le contractant cédé, qui n'a rien d'une prérogative contractuelle. La prérogative est l'expression d'une décision omnipotente, à défaut de quoi elle régresse à l'état de simple demande.

44. Indifférence de la source du droit de décider. Le caractère « contractuel » des prérogatives pourrait s'apparenter à leur source. En ce sens, la prérogative contractuelle s'opposerait à la prérogative légale, voire à d'éventuelles prérogatives jurisprudentielles²⁵³. La prérogative serait contractuelle si elle est stipulée par le contrat, légale si elle est imposée aux parties par la loi et jurisprudentielle si elle résulte d'une décision de justice. Néanmoins, « l'origine légale ou conventionnelle d'un droit est indifférente à la nature de l'acte qui en concrétise l'existence »²⁵⁴ ; or le cœur de la prérogative – et, partant, le point de départ de sa définition – réside dans la *potestas* conférée à son titulaire, le *potentior*²⁵⁵. À cet égard, l'origine de la prérogative contractuelle importe peu²⁵⁶ ; seule compte son essence

²⁵⁰ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.*, n° 100, p. 366 (Partie II).

²⁵¹ L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.* Art. 1216 C. civ.

²⁵² Par ex., Cass. Civ. 3^e, 25 juin 2013, n° 11-27.904 ; *Gaz. Pal.* 2013. 3233, D. HOUTCIEFF. V. *infra*, n° 220.

²⁵³ V. par ex., A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, spéc. n° 2 ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.* Toutefois, Madame Rochfeld précise qu'elle n'analyse que ce cas de figure.

²⁵⁴ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 6, p. 11.

²⁵⁵ Dans le même sens, D. FENOUILLET, « La notion de prérogative contractuelle : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *op. cit.*, n° 15, p. 655 et note 137, p. 669 ; V. aussi T. REVET, « Propos introductifs », *op. cit.*, spéc. n° 2, p. 641, qui ne distingue pas entre les sources des « pouvoirs unilatéraux » des contractants ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 268 et s., qui inclut les droits potestatifs jurisprudentiels et légaux dans son étude.

²⁵⁶ Rapp. P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelles », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 101 ? spéc. n° 2, p. 103.

décisionnelle. D'ailleurs, les fondements d'un droit peuvent varier. La réforme du 10 février 2016 en a fait la preuve, qui consacre la faculté de résiliation dans les contrats à durée indéterminée tandis qu'elle bénéficiait auparavant d'un fondement jurisprudentiel²⁵⁷. De même, la résolution pour inexécution grave, issue de la jurisprudence *Tocqueville*, est désormais inscrite à l'article 1226 du Code civil²⁵⁸. En outre, multiplier les notions pour décrire des mécanismes juridiques similaires n'est pas souhaitable. Faudrait-il distinguer la clause résolutoire de la résolution par notification au prétexte que l'une est stipulée par les parties et l'autre formulée par le législateur ? Dans le même sens, l'article 1164 du Code civil prévoit que les parties à un contrat cadre peuvent « convenir » d'une prérogative de fixation du prix, ce dont il résulte une source conventionnelle²⁵⁹. L'article 1165, déroge, pour sa part, à toute exigence de stipulation préalable en conférant au créancier du prix la même faculté à défaut d'accord entre les parties. Il en résulte que la prérogative de fixation du prix peut avoir une source légale ou contractuelle. Il en va également ainsi de la faculté d'agrément : octroyée par le biais d'une disposition légale aux associés d'une société anonyme²⁶⁰, elle est laissée à la volonté des parties dans la société en nom collectif²⁶¹. Le constat de droits identiques, qui permettent d'imposer une décision et dont l'origine peut être alternativement légale ou conventionnelle, plaide en faveur de la neutralité de la source. Il serait artificiel de l'ériger en élément qui participe de la définition des prérogatives contractuelles.

45. Décision unilatérale et volontés collectives. Parler de « décision unilatérale » est à un pléonasme. La volonté est vouée à la solitude. Pourtant, les vicissitudes du droit ont conduit à permettre la prise de décisions unilatérales par la réunion d'un ensemble de volontés. C'est souvent le cas lorsque la partie contractante est une personne morale. À cet égard, la décision peut être individuelle, collective ou participative sans que cela affecte sa

²⁵⁷ Art. 1211 C. civ. V. Cass. Com., 6 nov. 2007, n° 07-10.620 et Cons. Const., 9 nov. 1999, DC n° 99-419, qui juge que « l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ».

²⁵⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300, *op. cit.* Sur la jurisprudence antérieure et l'avènement progressif d'un droit de résolution unilatérale, V. P. DELEBECQUE, « Le droit de rupture unilatérale du contrat, genèse et nature », *Dr. et patr.*, avr. 2004, p. 56.

²⁵⁹ En ce sens, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, « art. 1164 ».

²⁶⁰ Art. L. 228-24 C. com.

²⁶¹ Cass. Com. 6 fév. 2019, n° 17-20.112 ; *D.* 2019. 568, A. TADROS ; *Rev. soc.* 2019. 326, I. BEINEX ; *RTD civ.* 2019. 325, H. BARBIER.

nature unilatérale²⁶². En tant que prérogative juridique, la prérogative contractuelle est relative à un sujet de droit. Il faut détenir la personnalité juridique pour pouvoir en être titulaire²⁶³. Certaines décisions collectives peuvent revêtir un caractère unilatéral puisqu'elles émanent juridiquement de la personne morale prise comme sujet de droit unique²⁶⁴. C'est qu'il faut distinguer le processus délibératif – procédé voué à la prise de décision par un organe collégial – du résultat final, décision de la personne morale²⁶⁵. Par conséquent, les personnes morales sont titulaires de prérogatives contractuelles, y compris lorsque la décision qui en résulte est le fruit d'un ensemble de volontés. Ainsi de la société²⁶⁶ ou du syndicat de copropriété²⁶⁷ qui, dans leurs rapports contractuels avec les tiers, peuvent bénéficier de prérogatives²⁶⁸. D'autres décisions collectives, en revanche, ne relèvent pas de l'exercice d'une prérogative contractuelle. C'est le cas lorsque l'organe ou le groupe d'individus qui en est à l'origine ne dispose pas de la personnalité juridique et n'agit pas au nom d'une personne morale. L'exemple le plus éloquent est celui des décisions prises pour l'indivision, par une majorité d'indivisaires, dans ses rapports contractuels avec les tiers. La recherche d'un accord majoritaire s'extrait du seul procédé décisionnel et, de ce fait, éradique la potestativité²⁶⁹. Monsieur Lokiec identifie des codécisions, qu'il qualifie d'actes unilatéraux collectifs, à l'image d'une décision prise « lorsque salariés et dirigeants participent collectivement à la décision d'un conseil d'administration avec voix délibérative »²⁷⁰. Cette hypothèse ne correspond pas à la notion de prérogative contractuelle, dans la mesure où la décision n'émane pas d'un sujet détenant la personnalité juridique mais seulement d'une entité. Parce qu'il faut qu'un consensus se dégage d'une pluralité de personnes, la puissance est exclue. À l'inverse, l'intérêt de la prérogative contractuelle résulte de sa contradiction avec le principe de consensus, c'est-à-dire avec l'exigence d'accord des volontés pour réaliser l'effet voulu. Ainsi, seules les décisions émanant d'une personne unique et réalisant leur effet de manière

²⁶² P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *op. cit.*, p. 2294 ; G. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. MARTY, LGDJ, 1961 p. 23.

²⁶³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 106 et s.

²⁶⁴ Rappr. L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, *op. cit.*, n° 122 et s., p. 76 et s.

²⁶⁵ V. S. FRANÇOIS, *Le consentement de la personne morale*, *op. cit.*, n° 194 et s., p. 125 et s.

²⁶⁶ Art. 1842 C. civ.

²⁶⁷ Art. 14, al. 1^{er}, Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété et des immeubles bâtis

²⁶⁸ Cette hypothèse est à distinguer des droits dont pourraient disposer les associés à l'égard de la société, par exemple le droit de vote. V. sur ce point A. TADROS, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. T. REVET, Dalloz, 2013, n° 42 et s., p. 54 et s.

²⁶⁹ L'indivision est dépourvue de personnalité juridique, V. Cass. Civ. 2^e, 2 juin 2011, *Bull. civ.* II, n° 129 ; D. 2011. 2188, M. JULIENNE ; JCP G 2011, n° 1298, 6, H. PERINET-MARQUET. Peu importe, en outre, que la majorité au deux tiers exigée par l'art. 815-3 C. civ. soit réunie dans les mains d'un seul indivisaire, puisque les décisions sont prises au nom de l'indivision.

²⁷⁰ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, *op. cit.*, n° 330, p. 240.

autosuffisante constituent l'objet d'une prérogative contractuelle. Ces développements mettent en lumière l'indifférence de la pluralité des titulaires de la prérogative contractuelle²⁷¹. L'exigence d'une contrepartie, en particulier du paiement d'une indemnité, ne modifie pas non plus la nature décisionnelle de la prérogative.

46. L'onérosité de la décision. Il importe peu que la décision s'impose en contrepartie d'un prix pour la qualifier de prérogative contractuelle. Dans la plupart des hypothèses, sa mise en œuvre se fait à titre gratuit. Il en va ainsi des facultés de rétractation conférées par le législateur, de la résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée, de la clause résolutoire ou encore de la fixation unilatérale du prix. Parfois, cependant, les parties stipulent que la décision a un coût. Le prix peut être la contrepartie de la mise en œuvre de la prérogative²⁷² ou celle de son non-exercice²⁷³. Le mécanisme reste inchangé : le titulaire du droit peut imposer sa décision sans que le cocontractant puisse lui opposer un refus, ni faire valoir la nécessité de rencontrer l'accord d'autrui. Ce constat est invariable, indépendamment des montants réclamés. En dépit des hésitations jurisprudentielles²⁷⁴, le montant très élevé de l'indemnité d'immobilisation ne devrait pas avoir d'influence sur la perfection de la vente. Payer un montant quasi équivalent au prix fixé ne revient pas à devenir propriétaire d'un bien. D'autres éléments interviennent, dont l'existence confirme la *potestas* qui profite au *potentior* : la fiscalité sur le bien ou le coût de son entretien constituent des éléments financiers adjacents, par exemple. Ils justifient que le prix de la vente ne se confonde pas avec le prix de l'indemnité d'immobilisation. Des arguments d'ordre moral ou psychologique peuvent aussi entrer en compte. Une décision reste une décision même lorsqu'elle a un coût. Le prix de la prérogative ne suffit pas, donc, à lui faire perdre sa qualification : croire que la *potestas* s'efface dans ce cas est erroné. Le droit d'option stipulé

²⁷¹ Sur les hypothèses de cotitularité de la prérogative contractuelle, V. *infra*, n° 318 et s.

²⁷² Par ex. pour le « prix de la faculté de résiliation unilatérale » dans un contrat de mandat, V. Cass. Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, *Bull. civ. I*, n° 56 ; *RTD civ.* 2001. 589, J. MESTRE et B. FAGES. Sur le « prix de la faculté de remboursement anticipé », V. Cass. Civ. 1^{re}, 14 juin 2000, *Bull. civ. I*, n° 184 ; *RTD civ.* 2000. 830, J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. Civ. 1^{re}, 27 sept. 2005, *Bull. civ. I*, n° 347 ; *D.* 2005. 2670, X. DELPECH.

²⁷³ Il en va ainsi de l'indemnité d'immobilisation, « prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse », V. Cass. Civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, *Bull. civ. I*, n° 452 ; *JCP G.* 1996.I.3981, P. PIERRE ; *LPA* 3 juil. 1996, p. 36, Y. DAGORNE-LABBE.

²⁷⁴ V. Cass. Com. 13 fév. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 60 : le montant de l'indemnité d'immobilisation « traduisait l'engagement de l'acheteur de prendre possession à la date convenue ». Cass. Com. 22 nov. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 234 ; *D.* 2006. 2638, S. AMRANI-MEKKI ; p. 2793, J. MOURY ; *RTD civ.* 2006. 302, J. MESTRE et B. FAGES ; *Rev. soc.* 2006. 521, J.-F. BARBIERI. Cass. Civ. 3^e, 26 sept. 2012, n° 10-23912 : « Qu'en statuant ainsi, sans relever que la promesse de vente était assortie d'une indemnité si importante par rapport au prix de vente qu'elle privait [l'acheteur] de sa liberté d'acheter ou de ne pas acheter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Comp. Cass. Civ. 1^{re}, 1^{re} déc. 2010, *Bull. civ. I*, n° 252 ; *RTD civ.* 2011. 346, B. FAGES ; *D.* 2012. 459, S. AMRANI-MEKKI.

contre une indemnité d'immobilisation a concentré les principales réflexions. Néanmoins, les clauses de rupture dans les contrats footballistiques sont plus éloquentes encore, eu égard aux montants stipulés pour les exercer. Ces clauses, dites « libératoires », sont contenues dans les contrats entre les joueurs et les clubs de football²⁷⁵. L'un des exemples topiques en ce domaine concerne le joueur Neymar Junior. En juillet 2017, il a rompu son contrat avec son club, le FC Barcelone, en contrepartie d'un montant de 222 millions d'euros. L'affaire est instructive : en dépit du montant supérieur à la valeur du joueur sur le marché à l'époque, le club a tenté – en vain – de faire obstacle à la décision. Les raisons n'étaient pas économiques mais essentiellement politiques²⁷⁶. Le prix récupéré par le club était à son avantage financier, mais la décision de départ du joueur très problématique néanmoins. D'autres exemples peuvent être trouvés du côté des clauses de rachat « prioritaire » ou « préférentiel », permettant au club vendeur, moyennant le paiement du prix fixé dans la clause, de contraindre le club acheteur à lui rétrocéder le joueur²⁷⁷. Quoiqu'il en soit, réduire la puissance décisionnelle à la seule valeur économique de la décision aboutit à un résultat inexact. C'est la capacité d'imposer sa volonté qui s'exprime encore et toujours, indépendamment du prix qu'il en coûte.

La décision est au cœur de la prérogative. Elle est l'essence de la puissance accordée à son titulaire, le *potentior*. Son admission dans le contrat procède de son caractère limité. Le cocontractant, sujet passif, n'est pas soumis à n'importe quelle décision mais à un choix connu d'avance qui représente une alternative.

2) *L'alternative, support de la décision*

47. **Un choix déterminé.** Le choix est un élément inhérent à la décision²⁷⁸. Cette affirmation emporte plusieurs conséquences qui rendent supportable la décision du point de vue de la partie qui la subit. En premier lieu, la décision se décompose en plusieurs possibilités qui s'offrent au *potentior*, sans quoi il ne s'agirait plus que d'un effet automatique

²⁷⁵ Il s'agit en réalité de clauses de résiliation unilatérale. Les clubs de football français liés par contrats à durée déterminée à leurs joueurs ne peuvent pas stipuler de telles clauses. Par ex., Cass. Soc. 16 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 552 ; Sur l'application aux contrats des professionnels du sport, V. L. FLAMENT, « Les clauses du contrat de travail liées au transfert des professionnels du sport », *RJES* 2009, n° 91 p. 135.

²⁷⁶ Les clubs de football espagnols sont possédés par les *socios*, c'est-à-dire les adhérents au club. Ces derniers élisent le président du club tous les 4 ans au suffrage universel. Pour le président de l'époque, perdre celui qui était considéré comme le meilleur joueur ne présageait rien de bon quant à sa réélection.

²⁷⁷ Le mécanisme est analogue à celui de la vente à réméré (art. 1659 et s. C. civ.), agrémenté d'une indemnité distincte de la restitution du prix prévu à l'article 1673 C. civ.

²⁷⁸ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, *op. cit.*, n° 312, p. 229.

du contrat. C'est parce qu'il dispose d'un choix – comprenant *a minima* deux propositions – qu'il détient la *potestas*. En second lieu, il ne peut exister qu'un nombre limité de possibilités ouvertes au bénéficiaire de la prérogative. Il s'agit de choisir entre les différents termes d'une alternative proposée. Les termes de l'alternative s'analysent comme des impossibles : « élire l'un, c'est éliminer l'autre »²⁷⁹. Les choix dont le *potentior* dispose sont donc restreints. Celui-ci ne jouit pas d'une infinité d'hypothèses pour transformer la situation contractuelle, sauf à disposer d'une puissance arbitraire qui créerait une situation proche de l'anarchie²⁸⁰. Il n'est pas habilité à modifier n'importe quel élément du contrat comme il l'entend. Si la décision génère nécessairement une incertitude pour le sujet passif, celle-ci est intolérable dès lors qu'elle est absolue. La potestativité ancrée dans la prérogative contractuelle est acceptable parce qu'elle offre un choix déterminé à l'avance. Par conséquent, les termes de l'alternative sont encadrés : impossible de les réviser ou de les façonner à sa guise. En ce sens, l'alternative est fixe. « Une certaine sécurité accompagne donc l'incertitude initiale »²⁸¹. C'est que l'incertitude – inhérente à la prérogative contractuelle – doit rester prévisible²⁸².

48. Les types d'alternatives. Le nombre de possibilités ouvertes au *potentior* est variable. Le plus souvent limité à deux termes, il arrive que l'alternative en comporte davantage. En général, une modification préalablement déterminée est autorisée, qu'il est au choix du *potentior* de faire survenir ou de refuser²⁸³. Se dédire ou continuer le contrat, lever l'option ou refuser la création du contrat définitif, renoncer à la condition non encore défaillie ou la laisser perdurer sont autant d'alternatives binaires. Parfois, davantage de possibilités sont laissées. Ainsi, l'article 1307 du Code civil ne pose pas de limite quant au nombre de prestations potentielles de l'obligation alternative. D'autres hypothèses dérogent à l'alternative qui offre un choix entre modifier d'une certaine manière ou ne pas modifier. Par exemple, la clause de fixation unilatérale du prix ne correspond pas à cette description : son titulaire doit fixer un prix. Le choix réside dans le montant décidé, la plupart du temps au regard d'une fourchette imposée (« *selon les tarifs en vigueur* » ; « *au regard des prix du*

²⁷⁹ C. LANZMANN, *Le lièvre de Patagonie, Mémoires*, Folio, Gallimard, 2009, p. 122.

²⁸⁰ En ce sens, I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 35, p. 36.

²⁸¹ I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 42, p. 42.

²⁸² Sur le besoin de prévisibilité, V. not. *infra*, n° 349 et s.

²⁸³ Il existe des nuances dans cette alternative. Le refus peut s'analyser en une renonciation toutes les fois qu'il consiste en la dépossession d'une qualité déjà acquise. C'est par exemple le cas du contractant qui renonce à la prorogation unilatérale ou au bénéfice d'une condition suspensive, par opposition au bénéficiaire du pacte d'option qui refuse simplement d'acquiescer un nouveau droit. Au contraire, l'acceptation peut être la consolidation d'une qualité d'ors-et-déjà acquise. C'est le cas du contractant qui reporte le terme extinctif du contrat. Sur la distinction entre renonciation et refus d'acquisition d'un nouveau droit, V. I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 38, p. 38.

marché » ; etc...) ²⁸⁴ ou, à défaut, dans les limites de la loyauté ²⁸⁵. De même, le choix de l'obligation alternative consiste à permettre au débiteur de décider de la prestation par laquelle il se libère ²⁸⁶. Il n'est pas question d'accepter ou de refuser telle modification mais de décider de la forme de la modification.

Quelque soit le type d'alternative que comporte la décision, celle-ci est préalablement déterminée. Ce faisant, l'incertitude qu'elle institue est tolérable. Néanmoins, le sujet passif est soumis à un état de passivité.

B. La passivité corrélative à la décision

49. Le propre de la décision juridique est de s'imposer ²⁸⁷. Transposée dans une situation contractuelle, le destinataire de la décision ne fait guère de mystère de sorte qu'un lien juridique particulier s'instaure entre le *potentior*, détenteur de la puissance décisionnelle, et son cocontractant, sujet passif. Ce dernier est réduit à la passivité car, contrairement à la prestation, la décision n'induit aucune attente chez son destinataire. Ce lien est un lien de sujétion (1). Par conséquent, le sujet passif n'a pas la possibilité de s'opposer à la décision. Prise conformément au droit positif, la décision est irrésistible. Ce faisant, il n'est pas nécessaire d'assurer son respect. Cet aspect explique que le lien de sujétion ait été identifié tardivement par la doctrine (2).

1) *La création d'un lien de sujétion*

50. **La notion de sujétion.** La notion de sujétion a été élaborée par la doctrine favorable à la reconnaissance des droits potestatifs ²⁸⁸. Le terme est fort, presque choquant.

²⁸⁴ V. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 155, p. 131. L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.* 1993. 25. Égal. J. GHESTIN, « De la fixation unilatérale du prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », *D.* 2015. 183, spéc. p. 186.

²⁸⁵ V. *infra*, n° 400 et s.

²⁸⁶ Les articles 1307 et 1307-1 C. civ. font du débiteur de l'obligation alternative le *potentior* naturel de la prérogative de choix, mais ces dispositions ne sont pas impératives. V. l'ancien art. 1190 C. civ : « Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier ».

²⁸⁷ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, *op. cit.*, n° 306, p. 226.

²⁸⁸ V. not. F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982. 705, spéc. n° 50 ; I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 99, p. 102 et n° 511, p. 465 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, qui en fait le critère de la potestativité ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1979, spéc. n° 520, p. 471.

C'est pourtant ce qui ressort de l'autosuffisance de la décision juridique. Le lien de sujétion a été défini comme « la faculté reconnue à une personne d'empiéter sur la sphère juridique d'une autre en vertu d'un rapport de droit »²⁸⁹. Pourtant, l'assujettissement qui s'observe chez le sujet passif n'est pas la finalité de la prérogative contractuelle. La décision n'a pas vocation à être prise pour ou contre autrui. La sujétion n'est que la conséquence de la décision, qui porte avant tout sur la situation juridique de son auteur. Faire de la sujétion d'autrui (le cocontractant) le point nodal de la prérogative contractuelle est une affirmation erronée. La décision n'est pas prise par le *potentior* pour assujettir le sujet passif mais pour modifier un élément du contrat dans le but de servir ses propres intérêts. Cette soumission n'est qu'une répercussion de la substance décisionnelle de la prérogative. Le caractère corrélatif de la sujétion juridique permet de la justifier. Selon Monsieur Valory, c'est parce que la sujétion provient d'une disposition légale ou conventionnelle qu'elle est supportable²⁹⁰. Ce fondement est insuffisant. C'est parce qu'il ne s'agit pas d'assujettir *pour* assujettir que ce lien est légitime et permis par le système juridique. À cet égard, il serait préférable de parler de « passivité » plutôt que d'assujettissement ou de soumission pour exprimer son caractère annexe. Cette passivité ou « sujétion » résulte de l'absence d'attente à l'égard du sujet passif.

51. **Le lien de droit entre le *potentior* et le sujet passif.** La prérogative n'est pas « contractuelle » en raison de sa source mais en raison du contexte dans lequel elle produit son effet. Par conséquent, il existe plusieurs liens de droit distincts dans le rapport contractuel. Le *vinculum juris* propre à l'obligation ne se confond pas avec le lien qui unit le *potentior* et le sujet passif ; ces qualités se cumulent dans les personnes des contractants. La relation qui s'instaure entre les sujets de la prérogative se distingue du lien d'obligation en ce qu'il ne met pas de prestation à la charge du sujet passif. « Dire “je résous”, “je refuse”, “je révise”, ce n'est pas exiger un paiement »²⁹¹. La décision est indépendante du fait d'autrui. Elle ne requiert aucune action chez son destinataire, ni n'implique aucune attente pour être effective : « le sort de l'une des parties dépend de ce que décidera l'autre »²⁹². La passivité à laquelle est réduit le

²⁸⁹ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 200, p. 120.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ P. STOFFEL-MUNCK, « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *op. cit.*, n° 10. Égal. T. REVET, « Propos introductifs », *op. cit.*, n° 2, qui assimile les prérogatives contractuelles à des « possibilités d'agir à raison du contrat qui ne sont pas constitutives d'une prestation ».

²⁹² G. GOUBEAUX, in *Droit privé notarial*, P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, t. 1, LGDJ, 32^e éd., 2009, n° 1019. Comp. F. SAVIGNY, *Le droit des obligations*, 2^e éd., 1873, rééd. Université de Poitiers, prés. M. BOUDOT, LGDJ, 2008, p. 4 : l'auteur envisage le lien d'obligation (pris dans sa dimension de rapport de contrainte) comme un assujettissement du débiteur.

sujet passif résulte du mécanisme même de la décision²⁹³. *Le potentior* impose, son cocontractant dispose. La prérogative contractuelle représente « le pouvoir de dire ce qui doit être »²⁹⁴. L'hypothèse de l'obligation alternative permet de rendre compte de cette caractéristique et présente l'avantage de juxtaposer un lien de sujétion à un lien d'obligation. *Primus* conclut un contrat de vente portant sur une voiture d'un modèle déterminé avec *Secundus*, l'acheteur. L'obligation de délivrance du bien à la charge de *Primus* l'autorise à choisir de livrer une voiture bleue ou rouge. Le créancier de l'obligation de délivrance est ici le sujet passif de la prérogative de choix qui concerne la couleur de la chose. Qu'importe que le débiteur-*potentior* opte pour une voiture bleue ou rouge, le créancier-sujet passif y est soumis. La décision prise s'impose à lui sans qu'il dispose d'un moyen pour y résister (sous réserve que la prérogative soit exercée conformément aux conditions auxquelles elle est soumise). Il en va de même de la prorogation unilatérale, qui n'implique aucune prestation à la charge du sujet passif. C'est une modification de la durée du contrat qui est édictée²⁹⁵. Cette modification engendre de nouvelles obligations – ou du moins la continuité des obligations déjà existantes – mais il ne s'agit là que d'une conséquence de la décision de faire perdurer le rapport contractuel. Ce faisant, l'effet produit par la mise en œuvre de la prérogative contractuelle est irrésistible.

2) L'irrésistibilité de la prérogative contractuelle

52. La passivité du destinataire de la décision a pour corollaire l'impossibilité d'y résister. Si rien n'est attendu du sujet passif, comment peut-il s'y opposer ? Il n'a d'autre choix que de courber l'échine. L'irrésistibilité traduit prosaïquement le caractère autosuffisant de la décision. La volonté de son auteur est irrépressible. Aussitôt dit, aussitôt fait. Comme une injonction divine, comme un attribut royal, la prérogative contractuelle semble impérieuse, insurmontable. Monsieur Najjar a exprimé l'inviolabilité du droit potestatif : « toute violation du droit ou toute inexécution sont purement et simplement inconcevables », dans la mesure où

²⁹³ Comp. N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, éd. Panthéon-Assas, 2017, n° 3, p. 23 : l'auteur distingue la situation de sujétion de celle de passivité.

²⁹⁴ O. DESHAYES, « les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, note 12, p. 728.

²⁹⁵ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 550 : « la prorogation d'un contrat encore appelée « report » ou « substitution de terme » consiste en son prolongement et permet de différer ou de supprimer le terme extinctif prévu au contrat et, partant, de prolonger son existence. La clause de prorogation énonce les conditions et les effets de ce prolongement ».

« l'exercice d'un droit potestatif ne dépend que de la volonté de son titulaire et son efficacité est indépendante de la volonté de celui qui doit le subir »²⁹⁶.

53. **Constatation de la décision et exclusion des mesures de contraintes.** En raison de l'absence de lien d'obligation, une tentative de résistance de la part du sujet passif – après tout, chacun peut dire « non » – ne suppose pas une mesure d'exécution forcée. La simple constatation du juge de la décision suffit. Ainsi, la résiliation unilatérale du contrat ne laisse d'autre choix au sujet passif que de s'y résigner : si ce dernier refuse d'en prendre acte, s'il poursuit l'exécution des obligations qui découlent du contrat, le juge constatera lui-même sa cessation²⁹⁷. La nature du jugement rendu dans une telle hypothèse est déclarative, non constitutive. Le *potentior* intente une action déclaratoire en constatation de la régularité de la décision et, par là même, de son efficacité²⁹⁸. À cet égard, la puissance du titulaire de la prérogative ne connaît pas d'entrave, si ce n'est une contestation relative aux conditions de sa mise en œuvre. Cependant, celle-ci ne concerne pas la substance de la prérogative mais le simple usage qui en est fait. À la différence d'une chose ou d'une personne, la décision est une abstraction. De ce fait, il est impossible pour autrui d'interférer dans le rapport du *potentior* avec sa décision. À l'inverse, il est concevable d'obstruer concrètement le lien entre le propriétaire et sa chose en la lui confisquant ; de même que le débiteur peut faire obstacle aux prétentions de son créancier dans la mesure où il existe une attente à son endroit. En définitive, Monsieur Najjar établit que la seule possibilité pour le sujet passif est d'empêcher le *potentior* d'exprimer physiquement sa décision, ce qui l'expose à une action en responsabilité²⁹⁹. L'irrésistibilité de la prérogative contractuelle écarte *de facto* la question des

²⁹⁶ I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 99bis, p. 103.

²⁹⁷ C. CHABAS, « Résolution, Résiliation », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, n° 350 ; V. égal. Art. 1128 C. civ. concernant la résolution unilatérale. C'est également ce qui ressort de l'art. 1124 al. 2 C. civ. relatif au droit d'option.

²⁹⁸ V. not. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Économica, 2006, n° 149 et s., p. 84 et s., spéc. n° 151 : « C'est, en réalité, dans les conditions de naissance d'une situation de droit que devrait tenir la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs : née dès avant le jugement dans l'hypothèse d'un jugement déclaratif, la situation juridique naît du jugement en présence d'un jugement constitutif ». Adde L. MAZEAUD, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929. 17, spéc. p. 23 : « Le jugement déclaratif se borne à reconnaître l'existence d'un droit antérieur. Le jugement constitutif crée au contraire un droit ». En matière de prérogative contractuelle, il ne s'agit pas simplement de reconnaître le droit d'imposer une décision mais, plus encore, de constater les effets de la décision comme faisant déjà partie de la situation contractuelle.

²⁹⁹ I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 101, p. 105 : « Ce que l'adversaire du droit potestatif peut faire, matériellement, contre ce dernier c'est l'empêcher d'agir pour faire la déclaration de volonté par laquelle il exerce son droit potestatif. Mais dans ce cas, l'empêchement provoqué par l'adversaire donne naissance à une responsabilité délictuelle et, en même temps, à l'obligation de supprimer l'empêchement (...). La violation des droits potestatifs est moins la violation de ces droits que celle du droit du titulaire à exprimer librement sa volonté ».

mesures destinées à la faire respecter³⁰⁰. Cet aspect permet sans doute de comprendre pourquoi le lien de sujétion a été tardivement identifié³⁰¹. Il n'est pas besoin d'avoir recours à des mesures de contrainte puisque le cocontractant est réduit à la passivité³⁰². L'exemple de conclusion d'une vente en violation d'une promesse de contrat avec un tiers de bonne foi est éloquent. La bonne foi du tiers cocontractant n'empêche pas la nullité du contrat formé en violation de la promesse. Ce faisant, la levée d'option par le *potentior* suffit à former le contrat définitif et est opposable au tiers³⁰³.

54. Exclusion de l'exception d'inexécution de la catégorie des prérogatives contractuelles. La passivité corollaire au mécanisme décisionnel de la prérogative exclut l'exception d'inexécution de la catégorie étudiée. Définie à l'article 1219 du Code civil, celle-ci n'est pas l'expression d'une puissance décisionnelle malgré sa ressemblance – illusoire – avec la résolution unilatérale. En effet, le contractant qui la subit, c'est-à-dire le débiteur, jouit un rôle actif, tant dans l'enclenchement de l'exception d'inexécution que dans son interruption. Par conséquent, il est en mesure d'y résister en exécutant son obligation. Il s'impose, *in fine*, comme le véritable décisionnaire du devenir du contrat face à un créancier dont l'impuissance est limitée par le droit qui lui est donné de ne pas s'exécuter en retour. Réciproquement, la paralysie provoquée par l'exception d'inexécution est vouée à inciter le débiteur à respecter son engagement. Pour autant, cette incitation ne se confond pas avec une décision. En outre, aucune modification n'est observée. En effet, « un retour à la situation contractuelle antérieure doit toujours être possible : c'est cela qui distingue en définitive la résolution de l'exception d'inexécution »³⁰⁴. L'exception d'inexécution se contente de

³⁰⁰ En ce sens, O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.* et *loc. cit.*, note 12, p. 728.

³⁰¹ V. F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *op. cit.* pour l'analyse des droits privés qui établissent un lien de sujétion.

³⁰² Cet aspect doit être dissocié de la protection du sujet passif, qui résulte du régime de l'exercice de la prérogative.

³⁰³ La différence entre les articles 1123 et 1124 C. civ. va en ce sens. En matière de droit de préférence, la loi dispose la possibilité pour le bénéficiaire de réclamer des dommages-intérêts en raison du préjudice subi par l'inexécution du pacte. Le droit du bénéficiaire d'un pacte n'octroie qu'un simple droit de priorité à se voir proposer la conclusion d'un contrat. Certes, l'alinéa 2 de l'article 1123 prévoit la possibilité d'exiger la substitution du tiers par le bénéficiaire mais cette faculté est réduite à l'hypothèse d'une collusion frauduleuse. Le bénéficiaire du droit de préférence ne dispose donc pas d'une puissance de décision ce qui le différencie du bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat. En matière de droit d'option, la décision de lever l'option dans le délai imparti suffit à former le contrat. Sa violation, même avec un tiers de bonne foi, engendre la nullité du contrat formé. Comp. I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 146, p. 152 : l'auteur identifie un droit d'option dans le droit de préférence.

³⁰⁴ C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 71, spéc. n° 9, p. 78. Pour une nette distinction de l'exception d'inexécution et de la

suspendre la vie contractuelle : l'incitation passe par le blocage des prestations. À l'inverse, la décision produit un changement dans le contrat. Son effet se caractérise comme la modification d'une règle contractuelle.

§2. La modification, effet de la prérogative contractuelle

55. La prérogative contractuelle a pu être décrite par l'effet qu'elle produit. Elle a ainsi été « observée comme la technique investissant l'une des parties de la possibilité de modifier unilatéralement la situation contractuelle de son partenaire »³⁰⁵. Plus précisément, la prérogative contractuelle a pour effet de modifier une règle issue de la situation contractuelle à laquelle participe le *potentior* (A). La mise en œuvre de la décision réalise matériellement cette fonction. En produisant son effet modificateur, la prérogative déroge à l'intangibilité du contrat mais s'inscrit pleinement dans le principe de force obligatoire (B).

A. La modification de la règle contractuelle

56. La prérogative a pour contexte une situation contractuelle, constituée d'un ensemble de règles contraignantes pour les parties compte tenu de leur engagement. La prérogative est à la fois l'une de ces règles et le moyen de modifier une autre de ces règles (1). Tous les changements ne peuvent pas intervenir pour autant. La modification s'entend comme tout remaniement qui intervient au cours de la réalisation de la situation contractuelle et qui touche à son exécution ou à son expiration³⁰⁶. Ce faisant, la création d'une situation contractuelle est exclue (2).

1) La règle contractuelle, objet de la modification

57. **La « situation contractuelle », contexte de la modification.** La prérogative modifie une règle contraignante pour les parties qui s'insère dans une situation contractuelle.

résolution, V. Cass. Com. 1^{er} déc. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 392 ; *RTD civ.* 1993. 578, J. MESTRE ; *RTD com.* 1993. 564, B. BOULOC.

³⁰⁵ J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *op. cit.*, n° 31, p. 705.

³⁰⁶ V. D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, Économica, 2004, p. 57, note 1 : Le terme « réalisation » embrasse non seulement la phase d'exécution mais aussi celle d'expiration du contrat ». La notion d'exécution est prise pour synonyme dans cette étude. Elle comprend également l'extinction de la situation contractuelle.

En ce sens, la situation contractuelle est le contexte dans lequel la règle est modifiée par le *potentior*. Le terme « situation contractuelle » englobe un champ de règles plus large que le contrat. Elle constitue une variété de situation juridique³⁰⁷. La notion de situation juridique renvoie aux travaux de Roubier. Cet auteur la définit comme « un complexe de droits et de devoirs, de prérogatives et de charges qui se crée autour d'un fait, d'un état ou d'un acte, lequel engendre des effets juridiques »³⁰⁸. C'est un cadre descriptif³⁰⁹. Le contrat « crée un lien juridique entre des personnes »³¹⁰. Dans la plupart des cas, la situation contractuelle est synonyme de contrat. Toutefois, dans certaines hypothèses, elle permet d'exprimer ce lien juridique au-delà du seul contrat. À cet égard, la notion de situation contractuelle exprime la portée de l'accord des volontés : elle permet de prendre la mesure de l'effet créateur du consensus par-delà le cadre restreint du contrat³¹¹. Le lien juridique établi engendre la force obligatoire de quantités de règles pour les parties. Les règles légales applicables intègrent la situation contractuelle au surplus des stipulations. Les règles issues d'un contrat distinct sont également incluses dès lors qu'elles s'appliquent aux mêmes parties. Le droit d'option illustre la nécessité du recours à la notion de situation contractuelle. Le contrat de promesse est conçu comme un contrat autonome, distinct du contrat définitif auquel la levée d'option donne naissance. Tous deux participent pourtant de la même situation contractuelle, que le droit d'option permet de faire évoluer. Il s'agit d'un seul et même lien. En effet, le rapport contractuel est identique, qui place les mêmes personnes dans les mêmes positions contractuelles. Le passage de l'avant-contrat au contrat définitif opère, simplement, une consolidation de ce rapport³¹². Le droit d'option confère la puissance d'imposer cette évolution au promettant et de faire le lien entre l'avant-contrat et le contrat définitif. La clause d'agrément constitue un autre exemple de l'utilité de la notion de situation contractuelle. Stipulée dans un pacte d'associés, par exemple, elle permet d'empêcher le remplacement de l'un des contractants par un tiers. Faire obstacle à cette substitution suppose d'entraver la conclusion du contrat de cession avec le tiers. Afin de conserver la maîtrise d'une position

³⁰⁷ Sur la notion de situation juridique utilisée dans la définition des droits potestatifs, V. *infra*, n° 119. V. égal. I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 99, p. 102 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, *op. cit.*, n° 508, p. 462 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 7, p. 24 ; I. NAJJAR, « La potestativité », *RTD civ.* 2012. 601, spéc. p. 603. ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.*, spéc. p. 748. ; S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, préf. J.-P. MARTY, LGDJ, 1997, p. 178 ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, *op. cit.*, n° 348, p. 190.

³⁰⁸ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 136.

³⁰⁹ En ce sens, I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 90, p. 91.

³¹⁰ L. AYNES, « La cession de contrat », *Dr. et Patr.*, n° 249, Juil./Août 2015, p. 73.

³¹¹ Rapp. J.-L. AUBERT, F. COLLART DUTILLEUL, *Le contrat, Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 137 et s.

³¹² Comp. A. RIEG, « La *punctuation*, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in *Études offertes à A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 593.

contractuelle dans un contrat auquel il est partie, le *potentior* empêche la formation d'un autre contrat. Le jeu de la clause d'agrément fait donc apparaître deux contrats dissociés, mais une situation contractuelle unique. Plus largement, les ensembles contractuels relèvent d'une situation contractuelle. La reconnaissance d'une situation unique composée de plusieurs contrats explique que des prérogatives contractuelles permettent d'agir sur un contrat par le biais d'un autre contrat³¹³. En d'autres termes, la notion de situation contractuelle permet d'observer la présence de prérogatives au sein d'une opération contractuelle appréciée dans sa globalité, sans être restreinte par le nombre de contrats en jeu.

En tant que contexte de règles contraignantes pour des personnes déterminées, la situation contractuelle est un lien juridique qui ne se confond pas avec la sphère juridique des parties à ce lien. Les études relatives aux droits potestatifs font régulièrement référence à la « situation juridique d'autrui » sur laquelle porterait la modification engendrée par le droit³¹⁴. Pourtant, ce n'est pas la situation du sujet passif que la décision du *potentior* vise à modifier, mais une règle obligatoire qui participe de la situation contractuelle à laquelle ils sont tous deux parties. Ce faisant, c'est avant tout sa propre sphère juridique que le *potentior* cherche à modifier. Les changements qui surviennent dans la sphère juridique du sujet passif par l'intermédiaire du lien contractuel n'en sont qu'une conséquence. La décision, sauf à s'incarner dans les mécanismes de représentations, est une puissance individualiste. La modification est ainsi opérée par le *potentior* dans le but de servir ses intérêts et prend pour objet une règle inscrite au sein de la situation contractuelle à laquelle il prend part.

58. Les règles contractuelles. La modification transforme une règle contractuelle, c'est-à-dire une règle applicable aux parties en raison de l'accord de volontés dont elles sont à l'origine. La règle s'insère dans la situation contractuelle globale. Elle est, de ce fait, pourvue d'une force contraignante. À l'évidence, celle-ci n'a pas le caractère général et abstrait dévolu à la norme législative mais se caractérise par son contenu individuel et concret³¹⁵. La règle peut

³¹³ Rappr. Art. 1189, al. 2, C. civ. V. aussi art. L. 212-1, al. 2, C. conso. : le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur « s'apprécie également au regard [des clauses] contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution ». La sanction des clauses abusives, liée à l'identification d'un déséquilibre significatif au détriment du consommateur, est donc appréciée relativement à une situation contractuelle dépassant le cadre d'un contrat unique lorsque c'est nécessaire.

³¹⁴ V. par ex. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 13, p. 26.

³¹⁵ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Arch. Philo. Droit*, 1940. 33, spéc. p. 35. V. aussi P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », op. cit., p. 772 et s. ; P. ANCEL, « La force

être une création des parties – « un stipulation » – ou une norme légale à laquelle les parties souscrivent par l'accord de volontés³¹⁶. Les règles participent du contenu du contrat ou de la description du lien contractuel. Les obligations issues du contrat constituent une catégorie de règles, dites obligationnelles. Les règles qui appartiennent au contenu non obligationnel sont dotées de force obligatoire sans permettre à une partie d'exiger de l'autre un paiement. Les prérogatives en font partie, de même que les éléments qui définissent le rapport contractuel par sa durée ou par l'identité des parties, par exemple. Modifier une règle suppose que celle-ci soit flexible ou incomplète. La règle est incomplète lorsque manque un élément pour qu'elle puisse être exécutée. C'est le cas de l'obligation de payer un prix dont le montant n'est pas encore déterminé. La règle est flexible si le droit positif autorise sa modification en dépit du consensus originel qui l'a prévue. Le congé donné par le locataire en cours d'exécution du bail d'habitation est l'expression de la flexibilité de la règle contractuelle (de source légale) qui fixe la durée du contrat³¹⁷. Que la loi en dispose ou que la règle soit le fruit de la volonté des parties, sa modification unilatérale est rendue possible par la prérogative contractuelle.

2) Typologie des modifications

59. **La notion de modification.** C'est à Monsieur Ghazi qu'on doit l'analyse de la modification comme notion juridique. « Fondée sur l'autonomie de la volonté, elle dispose d'un domaine d'application et d'un régime qui lui sont propres », selon l'auteur. Il la définit comme « l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer en cours d'exécution un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel »³¹⁸. En matière de prérogative contractuelle, cependant, la modification n'est pas l'acte unilatéral en lui-même mais le résultat de la décision, c'est-à-dire son effet. La modification est tout à la fois la fonction primitive de la prérogative et sa réalisation juridique ; mais pour opérer le passage de la fonction à l'effet, la décision est indispensable. C'est par la décomposition théorique du mécanisme de la prérogative que la décision est dissociée de la modification. En

obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2002, p. 162, spéc. p. 164.

³¹⁶ Comp. sur le caractère normatif du contrat, V. not. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1962, trad. C. EISENMANN, LGDJ, 1999, p. 257 et s. R. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, spéc. p. 636 : le contrat se définit comme « un acte productif de normes [...] bilatérales, c'est-à-dire liant deux centres d'intérêts ». J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971, spéc. n° 47, p. 94.

³¹⁷ V. Art. 10 et 12 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

³¹⁸ A. GHAZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, *Étude de droit civil français*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1980, n° 13, p. 4.

tant qu'acte unilatéral parfait, la décision consiste à modifier et la modification se réalise parce qu'elle procède d'une décision. Conçue comme l'effet de la prérogative contractuelle, donc, la modification se définit comme « l'introduction d'un changement dans l'un des éléments quelconques d'une situation contractuelle déterminée en cours d'exécution à l'origine de laquelle se trouve l'un seulement des contractants »³¹⁹. À cet égard, elle s'éloigne de la définition fournie par Monsieur Ghozi. Le changement peut organiser la rupture du lien contractuel.

Attachée à la prérogative contractuelle, la modification est unilatérale en ce qu'elle est dictée par une seule des parties et non simplement initiée par l'une d'elles³²⁰. Ainsi caractérisée, la modification comme effet de la décision permet d'évincer de la catégorie des prérogatives contractuelles certaines expressions de l'unilatéralisme contractuel qui ne correspondent pas à ce critère. En particulier, le choix laissé au créancier de l'obligation inexécutée par l'article 1217 du Code civil octroie un droit de décider entre les différentes sanctions proposées mais ce choix ne réalise pas la sanction elle-même. En ce sens, la décision prise par le créancier n'engendre pas de modification. Celle-ci résulte de la décision du juge ou d'une prérogative contractuelle de sanction. La résolution par notification et la clause résolutoire provoquent à elles seules la modification, ce qui n'est pas le cas de l'article 1217. Il n'existe pas non plus de modification créée par l'exception d'inexécution. La paralysie de la réalisation du contrat se traduit plutôt comme le gel des règles initialement fixées mais non exécutées que comme le remaniement d'une règle qu'une partie entend réviser.

60. La variété des modifications. La modification revêt des formes diverses. Elle peut consister à substituer un élément par un autre. C'est le cas dans l'obligation facultative, qui autorise à remplacer la prestation originellement fixée ; c'est aussi le cas de la clause de substitution, qui permet de se substituer un tiers dans la position contractuelle. La modification peut moduler une règle préétablie. Il en va ainsi du changement du terme du contrat par une clause de prorogation unilatérale, ou de la rectification des modalités de

³¹⁹ V. H. LECUYER, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 47, spéc. p. 48 .

³²⁰ Sur la diversité des significations possibles à la notion de modification unilatérale, V. H. LECUYER, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 50-55 : L'auteur répertorie l'offre spontanée de modification, l'offre obligée de modification ainsi que la demande de modification adressée au juge ou à une autorité non judiciaire, par exemple la commission de surendettement des particuliers.

l'obligation par la renonciation à la condition suspensive. La modification peut aussi se matérialiser par l'ajout d'une règle nouvelle ou l'extinction d'une règle préexistante. La résiliation unilatérale de l'article 1211 du Code civil permet, par exemple, de fixer un terme au contrat qui n'en comportait pas. Ainsi, la puissance contractuelle conférée par la prérogative autorise « soit à compléter et modifier » la situation contractuelle, soit « à mettre en cause son existence »³²¹. En ce sens la notion de modification se comprend *lato sensu* comme tout changement par rapport au contenu contractuel initialement formé, qui résulte de la décision d'une partie. Elle peut engendrer l'extinction de la situation contractuelle. Résolutions unilatérales, clauses de rupture unilatérale pour l'avenir et facultés de rétractation en sont les incarnations principales. La règle contractuelle ici modifiée est celle qui préside à l'existence de la situation contractuelle. En effet, si c'est parce que les parties ont conclu le contrat que celui-ci est né, une fois cette étape franchie, elles sont tenues par lui. Apparaît alors une situation paradoxale par laquelle le contrat postule lui-même sa propre existence par le fait de l'article 1103 du Code civil³²². Ainsi, « le contrat, qui a besoin, pour naître, que deux volontés se réunissent, n'a pas besoin, pour subsister, que toutes deux persévèrent »³²³. L'existence de la situation contractuelle est, en soi, une règle contractuelle qu'une partie peut modifier. Il n'est jamais possible, en revanche, de créer de toute pièce la situation contractuelle grâce à une prérogative.

61. L'impossible création d'une situation contractuelle. Il ne peut pas exister de prérogative permettant la naissance *ex nihilo* d'une situation contractuelle. Le consensus se conçoit comme une exigence impérative au stade de la création du contrat³²⁴. En outre, la naissance de la situation contractuelle n'est pas une règle contractuelle mais la source des règles contractuelles, ce qui fait obstacle à sa création unilatérale. Des considérations plus pragmatiques permettent d'aboutir à la même conclusion. En droit privé, aucune disposition légale ne permet à une personne d'imposer à une autre la formation d'un contrat, sans quoi le législateur porterait atteinte à la liberté de ne pas contracter³²⁵. Une stipulation pourrait

³²¹ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat*, op. cit., n° 350, p. 194. *Contra* N. DISSAUX, « Les clauses de modification unilatérale du contrat », *AJ contrat* 2020. 260, qui retient une définition restrictive de la notion de modification.

³²² Dans le même sens, T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 83, par ex. n° 2 : le contrat est « un acte normateur né de la décision de ceux qu'il assujettit ».

³²³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, op. cit., p. 2116.

³²⁴ V. *supra*, n° 32 et s. et *infra*, n° 229 et s.

³²⁵ Il existe des « obligations » légales de contracter, mais celles-ci ne peuvent pas être assimilées à des prérogatives contractuelles. Elles ne confèrent pas un droit de décider mais sont des injonctions légales. C'est le

théoriquement l'autoriser, mais sa dénomination et son existence impliquent qu'elle a pour source un contrat. En ce sens, la création d'une nouvelle situation contractuelle par la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle est un oxymore. Le terme de « création » implique que le néant lui précède et s'oppose, ainsi, à la continuité. Créer, c'est fonder quelque chose qui n'existait pas jusqu'alors³²⁶. L'idée de création d'une situation contractuelle établit donc le postulat qu'avant la situation nouvellement créée, elle n'existait pas ; or, par définition, la prérogative de source conventionnelle ne peut pas être à l'origine du cadre qui l'a fait naître³²⁷. C'est le cas du droit d'option compris dans une promesse de contrat : une prérogative contractuelle intégrée dans cet avant-contrat permet de décider unilatéralement de son évolution en contrat définitif. Ces deux contrats n'ont toutefois rien d'indépendant, ce qui justifie leur appartenance commune à une situation contractuelle. Il faut donc accepter que la situation contractuelle est déjà formée. La levée d'option a seulement pour effet de modifier l'une des règles de la situation contractuelle en rendant définitif le contrat promis, dont l'existence était incertaine. C'est une consolidation de la situation contractuelle, non une création³²⁸. Les consentements des parties s'échangent lors la formation du contrat de promesse, au sein duquel le promettant s'engage de manière irrémédiable à le faire évoluer en contrat définitif si le bénéficiaire en décide ainsi³²⁹. Le refus de la Cour de cassation de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité concernant l'article 1124, alinéa 1^{er}, du Code civil confirme cette opinion. Les juges contestent le caractère sérieux de la question, estimant que « le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, de sorte que la formation du contrat promis malgré la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle »³³⁰. En effet, l'analyse de la promesse de contrat en une promesse de consentir est inexacte. Le consentement est ou n'est pas. Il n'existe pas d'intermédiaire en droit des contrats ; la « zone grise » ne se peut pas. « La vérité est que le promettant consent aujourd'hui ; il ne promet pas

cas, par exemple, des obligations de contracter une assurance pour le locataire d'un bail d'habitation (Loi n° 89-462, 6 juil. 1989, Art. 7g ; Art. L. 215-1 C. Ass.) ou pour le propriétaire d'un véhicule terrestre à moteur (Art. L. 212-1 C. Ass.). V. égal. *infra*, n° 241.

³²⁶ V. « Créer », in *Le petit Robert*, 2012.

³²⁷ En ce sens, T. REVET, « La prise d'effet du contrat », in « Durée et contrat », *RDC* 2004. 29. L'auteur décrypte le caractère nécessairement antérieur de l'existence de l'acte contractuel à la prise d'effets du contrat.

³²⁸ V. *infra*, n° 178 et s.

³²⁹ Dans le même sens, D. GALBOIS, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, op. cit., n° 303 et s., p. 250 et s.

³³⁰ Cass. Civ. 3^e 17 oct. 2019, n° 19-40.028, PB ; *JCP G.* 2019.II.1308, D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2019. 851, H. BARBIER ; *AJ contrat* 2020. 23, B. ATTIAS ; *JCP G.* 2020.II.446, I. NAJJAR ; *D.* 2020. 353, M. MEKKI. V. toutefois M. FABRE-MAGNAN, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015. 826.

qu'il consentira. S'il entend réserver son consentement à plus tard, nous ne sommes pas en présence d'un contrat de promesse mais d'un projet »³³¹. Par conséquent, aucune prérogative contractuelle ne permet d'imposer la création d'une situation contractuelle³³² : elle lui est toujours préexistante. La modification se réalise durant la phase de réalisation des effets du contrat.

La création d'une situation juridique nouvelle par le biais d'un acte unilatéral pose question au regard de l'engagement unilatéral de volonté. Faut-il le caractériser comme une prérogative contractuelle ? Cette conception doit être exclue. En effet, l'engagement unilatéral de volonté s'entend classiquement de la création d'une situation juridique nouvelle générée par une volonté unique. Ce faisant, l'acte unilatéral est source d'une créance au profit d'un tiers. L'engagement unilatéral de volonté a animé des débats passionnés quant à sa reconnaissance en droit français³³³. Aujourd'hui, il semble admis en droit positif par le biais de l'article 1100-1 du Code civil et de son emplacement parmi les « sources de l'obligation »³³⁴, encore qu'une consécration aussi incidente paraît douteuse. Quoiqu'il en soit, la technique de l'engagement unilatéral de volonté ne présente d'intérêt que lorsqu'elle est irréductible aux autres mécanismes générateurs d'obligations, en particulier le contrat³³⁵. Autrement dit, l'engagement unilatéral de volonté ne mérite pas son nom si la naissance d'une obligation via une volonté unilatérale procède d'un contrat préexistant qui contient une clause stipulée par les parties pour ce faire. C'est donc hors du contrat que cet acte particulier doit être envisagé, ce qui le distingue irrémédiablement de la prérogative contractuelle en ce que celle-ci est toujours rattachée au tissu contractuel. La prérogative n'existe pas hors du contrat, ce pourquoi elle ne peut être confondue avec l'engagement unilatéral de volonté.

La prérogative contractuelle a ainsi pour effet la modification d'une règle contractuelle dans une situation préexistante qui demeure, par là-même, soumise à la force obligatoire du

³³¹ L. AYNES, « Rapport introductif », in « L'exécution en nature ou par équivalent du contrat », *RDC* 2005. 9.

³³² L'art. L. 312-1 C. mon. et fin. régit le droit au compte bancaire. La personne doit en faire la demande à la banque de son choix, qui peut opposer un refus. L'obligation de créer un compte, c'est-à-dire créer une nouvelle situation contractuelle suppose qu'un tiers, la Banque de France, désigne d'office une banque et l'y oblige. Le droit au compte diffère du mécanisme de la prérogative contractuelle en ce qu'il ne s'agit pas d'une décision de la personne désireuse d'avoir un compte mais d'une demande sur laquelle la banque statue. L'intervention de la Banque de France en cas de rejet évince également ce cas de figure de la catégorie des prérogatives contractuelles puisque la création de la nouvelle situation contractuelle dépend de la décision d'un tiers qui n'y sera pas partie.

³³³ V. sur les arguments opposés dans les deux camps, J.-L. AUBERT, S. GAUDEMET, « Engagement unilatéral de volonté » in *Répert. dr. civ.*, Dalloz, janv. 2018.

³³⁴ J.-L. AUBERT, S. GAUDEMET, « Engagement unilatéral de volonté », *op. cit.*, n° 36.

³³⁵ En ce sens, J.-L. AUBERT, S. GAUDEMET, « Engagement unilatéral de volonté », *op. cit.*, n° 31.

contrat. Issu d'une décision unilatérale, ce résultat apparaît *a priori* comme une transgression du principe d'intangibilité du contrat.

B. La force obligatoire de la modification

62. L'existence de mécanismes unilatéraux emportant modification d'une règle contractuelle dans la phase de l'exécution contractuelle n'entre pas en contradiction avec son espace naturel. Il faut en déduire que la force obligatoire conserve toute sa puissance en présence de la prérogative contractuelle (1) et justifie, du même coup, le caractère contraignant de la modification produite par la décision (2).

1) *L'autonomie de la force obligatoire*

63. « Le plus grand obstacle au développement de l'unilatéralisme réside à coup sûr dans la force obligatoire du contrat » assurait Monsieur Jestaz³³⁶. En effet, comme le remarque un auteur, « la notion de force obligatoire est, de nos jours, largement conçue à travers la théorie de l'autonomie de la volonté. En ce sens, la force obligatoire intègre, en son sein, les règles d'irrévocabilité et d'immutabilité du contrat et s'analyse ainsi comme l'intangibilité du lien contractuel »³³⁷. Pourtant, la prérogative contractuelle, et plus généralement la pénétration de l'unilatéralisme dans le dogme contractuel, a imposé une dissociation entre les deux principes³³⁸. À cet égard, l'exigence de consensus a été reléguée au rang de simple règle supplétive de volonté au stade de l'exécution de la situation contractuelle, étape qui coïncide

³³⁶ P. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 91.

³³⁷ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.*, n° 78, p. 143. Dans le même sens, O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2012, n° 119 et s., p. 60 et s. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, préf. D. MAZEAUD, Economica, 2013, n° 77 et s. p. 77 et s. Contra G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.*, p. 595-596, not. : « En termes techniques, le Code Napoléon consacrerait l'Autonomie de la Volonté. [...] On invoque l'article 1134, et l'assimilation du contrat à la loi, et le caractère sacré de la loi...Il faut n'avoir jamais lu Domat, à qui l'article est emprunté, ni ouvert un Digeste, à quoi renvoie Domat, pour proposer une interprétation aussi dramatique d'un texte qui énonce simplement que le contrat est obligatoire ».

³³⁸ Rapp. R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, n° 20, p. 228 : « l'irruption [de ces traits nouveaux] dérouta le sentiment traditionnel que l'intangibilité du contrat est le gage de sa force obligatoire ». V. aussi P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit. et loc. cit.*, n° 78 et s., p. 143 et s.

avec la mise en œuvre de la modification. L'intangibilité des conventions s'ajoute à la règle *pacta sunt servanda*, sans pouvoir être confondue avec elle³³⁹.

64. **L'émancipation de la force obligatoire.** La difficulté principale réside dans l'acception qu'on retient du principe de force obligatoire. Monsieur Siri a démontré que sa compréhension a nettement évolué depuis 1804³⁴⁰, tandis que Monsieur Ancel s'est interrogé sur la réalité actuelle de la règle et les nombreuses entorses qu'elle connaît³⁴¹. La controverse n'a pas manqué de porter sur ce qu'il faudrait faire de la force obligatoire, entre défense du rigorisme de la parole donnée et éloge de la modération par le juge dans l'intérêt des plus faibles³⁴². Pourtant, « l'unilatéralisme, en intégrant le droit positif, tend indéniablement à remettre en cause la confusion entre intangibilité et force obligatoire »³⁴³. Les canonistes médiévaux à l'origine de la formulation de la règle *Pacta sunt servanda* ne s'embarrassent pas de l'idée de fixité du contrat pour exprimer son essence : « Les actes du chrétien doivent toujours en effet être fondés sur la vérité. Le fidèle se doit d'être fidèle à sa parole ; celui qui promet et ne tient pas sa promesse agit contrairement à la vérité, il trompe son prochain et commet un péché mortel. Le respect de la parole donnée a donc d'abord été posé comme une règle morale, fondée sur les Écritures et sur la jurisprudence des Pères de l'Église. C'est au XIII^e siècle que cette règle morale se mua en obligation juridique. La solution dut s'imposer face au principe contraire hérité du droit romain et au formalisme contractuel de l'époque féodale. Mais elle finira par l'emporter et sera définitivement adoptée en France dans la première moitié du XV^e siècle [...] C'est donc parce qu'on a cru en l'existence d'un Dieu unique, qui voit tout et face auquel nul ne doit jamais mentir, que l'on a fini par donner force juridique à la parole et aux écrits des hommes »³⁴⁴.

³³⁹ En ce sens, L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNES, Economica, 2011, spéc. n° 707, p. 394 ; J.-P. CHAZAL, « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ? », *op. cit.*, spéc. p. 240. *Contra*. V. par ex. M.-L. CARTIER-MARRAUD et O. AKYUREK, « Crise économique et révision des contrats », *Gaz. du. Pal.*, mai-juin 2009, p. 1865 ; H. LECUYER, « La modification unilatérale du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 49 ; G. PAISANT, « Introduction », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Dr. et Pat.*, mars 1998, p. 42.

³⁴⁰ A. SIRI, « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure actuelle », *Rev. rech. jur.*, 2008. 1342.

³⁴¹ P. ANCEL, « La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? », *op. cit.*

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 78, p. 143.

³⁴⁴ A. SUPLOT, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, mai 2001, p. 51, spéc. p. 54 ; « La relativité du contrat en question », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome IV, LGDJ, 1999, p. 183, spéc. p. 202.

La force obligatoire apparaît comme la traduction prosaïque, car contraignante, du fondement même de l'idée de contrat qui réside dans la confiance qu'une partie place dans son cocontractant eu égard à l'exécution de ses engagements³⁴⁵. Si la volonté n'est pas « l'âme ni le signe distinctif du contrat »³⁴⁶, alors qu'est ce qui fait son essence ? La création de normes répond Rouhette³⁴⁷ ; mais qu'est ce qu'une norme sinon une règle spécifiée par son caractère contraignant ? La force obligatoire s'impose comme la quintessence de la notion de contrat, parce qu'elle exprime une nécessité avant d'être une règle juridique. On contracte car c'est le moyen de satisfaire un intérêt. Pour obtenir cette satisfaction, il faut tenir la promesse qu'on a faite en retour. On tient sa promesse parce qu'on a confiance dans le fait que l'autre partie fera de même, elle aussi guidée par la recherche de la satisfaction de son intérêt. La force obligatoire transcende le principe d'autonomie de la volonté et celui d'intangibilité. C'est elle qui lie les hommes par la parole et permet *in fine* de conférer un caractère juridique à l'engagement de confiance³⁴⁸.

La force obligatoire s'extrait de l'intangibilité³⁴⁹. Si l'intangibilité s'assimile à la fixité de la situation telle qu'elle a été formée, la force obligatoire s'en émancipe en intégrant la notion de temporalité à la convention et, partant, en permettant sa pérennité³⁵⁰. Dans leur représentation classique, force obligatoire et intangibilité se trouvent assimilées parce que le contrat est présenté comme un plan fixe, une photo dont l'image, figée, serait celle du contrat au jour de sa formation et immuable après. Toutefois, l'identification des multiples manifestations de l'unilatéralisme au cours de l'exécution du contrat fait évoluer cette représentation. Il faut se

³⁴⁵ V. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit., p. 409 et s. ; E. LEVY, « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910. 717, spéc. p. 720 : « Le contrat est le rapport de confiance légitime » ; Égal., G. MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », *Arch. philo. dr.*, 1940, spéc. p. 20 : la force obligatoire se fonde sur « les nécessités du bon ordre social qui exige que la confiance réciproque règne entre les hommes par l'observation des engagements ».

³⁴⁶ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit., p. 631 ; Dans le même sens, E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, *Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912.

³⁴⁷ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit., p. 638.

³⁴⁸ V. en ce sens, C. ATIAS, *De la difficulté contemporaine à penser le droit*, op. cit., p. 88 : « Dire que le droit est l'ensemble des règles posées par les organes habilitées de l'État [...] c'est tout de même réduire la réalité juridique sans explication, sans justification. [...] Parce que moi, il me semble bien à regarder la société, à regarder les juristes que, dans la réalité juridique il y a d'abord [...] des comportements spontanés. [...] Les particuliers ne respectent pas les contrats parce que la loi dit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ! Ils les respectent tout simplement parce que c'est leur intérêt et qu'ils savent bien que s'ils n'exécutent pas le contrat, ils vont se trouver en difficulté parce qu'ils seront poursuivis, ou parce qu'ils ne pourront pas continuer leur relation avec la personne avec qui ils avaient contracté et ainsi de suite ».

³⁴⁹ V. P. ANCEL, « La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? », op. cit., p. 165. Comp. H. JUILLET-REGIS, *La force obligatoire du contrat, Réflexions sur l'intérêt au contrat*, op. cit., spéc. n° 483, qui qualifie l'intangibilité du contrat de « premier corollaire de la force obligatoire ».

³⁵⁰ En ce sens, A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2005, spéc. n° 322 et s., p. 190 et s.

figurer le contrat par un plan séquence : une image mouvante et évolutive du fait de ces mécanismes unilatéraux, sans que sa force obligatoire s'en trouve amoindrie. Dès lors, cette dernière se dissocie de l'intangibilité qui n'existe que par rapport au stade de la conclusion du contrat³⁵¹. À cet égard, la règle de l'intangibilité des contrats peut être qualifiée de règle supplétive « répulsive » : « à rebours, et non sans un certain paradoxe, la règle supplétive peut en effet être conçue et être utilisée par l'ordre juridique comme un instrument destiné à inciter les sujets de droit à exercer la liberté de principe dont ils disposent et à sanctionner leur silence là où l'expression de leur volonté aurait été souhaitable. [...] À suivre cette démarche, qui inverse radicalement la perspective, la règle supplétive exprime au contraire la solution que les intéressés n'auraient certainement pas voulue mais qui leur est imposée, après-coup, faute pour eux d'avoir pris le soin de s'exprimer sur le point litigieux, comme ils auraient pourtant dû le faire, selon les propres conceptions de l'ordre juridique considéré »³⁵². Par la modification qu'autorise la prérogative, le contrat peut être adaptée par les parties. La force obligatoire est le liant entre la modification de la règle contractuelle et le contrat lui-même.

2) La force obligatoire comme fondement du caractère contraignant de la modification

65. **La pérennité de la force obligatoire.** La prérogative contractuelle ne renvoie pas à une puissance exorbitante des règles du droit des contrats telle qu'elle lui serait extérieure. Tour au contraire, elle se caractérise par sa pleine appartenance au contrat, au même titre que l'ensemble des autres règles incluses dans son contenu. Ce constat impose de lui reconnaître force obligatoire, alors même qu'elle a pour effet de modifier une autre règle du contrat. Le contrat dans toute sa mesure, en ce compris son évolution, tient lieu de loi – c'est-à-dire de contrainte³⁵³ – à ceux qui l'ont conclu parce que l'article 1103 du Code civil en dispose ainsi³⁵⁴. La force obligatoire est immanente au contrat ; elle le structure. Le respect de la parole donnée n'empêche pas la modification d'une règle contractuelle dès lors que cette possibilité procède elle-même d'une règle contractuelle. « À l'égard du système juridique

³⁵¹ V. en ce sens, B. FAGES, « Le contrat en mouvement : négociation, rédaction, devenir », *Dr. et patr.*, juin 1999, n° 72, p. 58 ; égal. B. FAGES, « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 153, spéc. n° 9, p. 160.

³⁵² C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004, spéc. n° 588, p. 571. Adde T. GENICON, « Les traitements légaux : mesures préventives », in « Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique », *RDC* 2010. 456, spéc. n° 2, p. 457 et n° 1 et s., p. 463 et s.

³⁵³ Comp. J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil », *RTD civ.* 2001. 265, spéc. n° 11 et s., p. 273 et s. : l'auteur, après avoir expliqué les origines de la confusion entre les notions de loi et de contrainte, la réfute. Le terme de loi renverrait à la notion d'équité.

³⁵⁴ V. par ex. H. BATTIFOL, « La “crise du contrat” et sa portée », *Arch. philo. dr.*, t. XIII, Sirey, 1968, spéc. p. 13 ; C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, spéc. p. 10.

étatique, la volonté n'est pas en situation d'autonomie »³⁵⁵, de sorte que son effet dépend du droit objectif. La prérogative tire sa validité d'un fondement juridique, qui peut être contractuel, légal et parfois même jurisprudentiel. Elle n'est donc pas une puissance factuelle que s'arrogerait une partie pour imposer sa volonté à son cocontractant. Parce que la prérogative contractuelle bénéficie des mêmes fondements que les autres règles contractuelles, il n'existe aucune raison de refuser d'accorder pleine force obligatoire à son effet. Comme l'exprimait Jean Carbonnier, « l'irrécusable autorité de cette loi [contractuelle] vient de ce que ses sujets se la sont donnée de leur propre volonté (ou comme eut dit le Sage, *patere quam ipse fecisti legem*) »³⁵⁶. En effet, la force obligatoire imbibe l'ensemble des règles contractuelles si bien que la prérogative contractuelle a la même valeur que l'ensemble des autres stipulations du contrat³⁵⁷. Elle justifie le caractère juridique de la décision qui est prise en vertu de la prérogative et, du même coup, son irrésistibilité. Parce que les parties ou le législateur accordent une puissance décisionnelle sur un élément déterminé de la situation contractuelle, le résultat de cette décision – c'est-à-dire la modification opérée – est un effet du contrat et s'impose à toutes les parties. Bien que modifiée, la règle reste contractuelle et, ainsi, soumise aux lois qui la gouvernaient jusqu'alors. Ainsi d'une obligation facultative par laquelle le débiteur peut décider, en cours d'exécution du contrat, de la prestation à sa charge : la décision, à l'origine du lien de sujétion, se superpose à l'obligation, déjà existante. En effet, le lien obligationnel résulte de la seule naissance de l'obligation. La passivité résulte de la faculté de décider unilatéralement de l'objet de cette obligation. Si le créancier peut exiger l'exécution de l'obligation en raison du droit de créance qu'il détient sur le débiteur, ce dernier peut décider de la nature même de la prestation, en raison de sa prérogative contractuelle. Cette décision tient lieu de loi aux parties en raison de la force obligatoire qui l'irrigue et explique de ce fait que le créancier y soit soumis. L'effet de la prérogative contractuelle s'impose donc aux parties³⁵⁸. Par là même, et contrairement à la célèbre formule

³⁵⁵ T. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », *op. cit.*, spéc. n° 7, p. 85.

³⁵⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *op. cit.*, n° 1029, p. 2115.

³⁵⁷ Comp. G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 151, spéc. p. 168. L'auteur entend conditionner le caractère obligatoire des prérogatives contractuelles à leur « utilité particulière » pour le contrat.

³⁵⁸ . P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », *op. cit.* Égal. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *op. cit.*, n° 248, à propos des droits potestatifs et en particulier du droit d'option : « Mais pour qu'un tel droit soit créé et naisse, il a bien fallu qu'il y ait un contrat, liant et donc obligé (au sens de la force obligatoire du contrat) le promettant, et il faut donc bien un cocontractant, sinon débiteur d'une obligation, tout au moins débiteur en tant qu'obligé par le contrat ». Comp. H. JUILLET-REGIS, *La force obligatoire du contrat, Réflexions sur l'intérêt au contrat*, *op. cit.*, n° 660 et s., p. 439 et s., qui y voit des mesures dérogatoires justifiées par leur rôle de palliatif à la défaillance de la force obligatoire.

de Durkheim, tout est bien contractuel dans le contrat³⁵⁹. « Comment (un) projet présent deviendra-t-il histoire ? C'est le rôle de la force obligatoire qui n'est pas un carcan, mais l'achèvement du projet, avec la cohérence et la souplesse qu'impose l'inconnu du temps »³⁶⁰.

66. Conclusion de la section. Parmi les actes unilatéraux qui s'inscrivent dans les rapports contractuels, les prérogatives s'instituent comme les incarnations de la puissance privée. Elles consistent à imposer une décision qui a un effet modificateur sur une règle à laquelle les contractants sont contraints compte tenu de la situation contractuelle à laquelle ils participent. La décision se caractérise par la synergie entre l'effet voulu et l'effet engendré. Ce faisant, la manifestation d'intention est suffisante : elle exclut la nécessité d'une rencontre avec une volonté tierce, qu'elle soit judiciaire, arbitrale ou privée. Ainsi comprise, la décision explique la spécificité du lien qui unit le *potentior* au sujet passif. Ce dernier est réduit à la passivité face à la modification imposée. Le caractère irrésistible de la décision procède de la dissociation entre l'intangibilité du contrat et la force obligatoire. La force obligatoire apparaît comme le corollaire de l'idée de contrat, forme de traduction désenchantée de la confiance immanente à la promesse contractuelle. Elle irrigue toutes les règles qui en résultent. Ainsi, la décision et sa conséquence, la modification, sont pourvues de force obligatoire alors même qu'elles injectent de la souplesse dans le contrat, contrariant le supposé principe d'intangibilité.

67. Conclusion du chapitre. La prérogative contractuelle se définit comme la puissance accordée à une partie contractante de décider d'une modification au cours de la réalisation des effets d'une situation contractuelle. Des questions restent en suspens, en particulier concernant les intérêts que sert la prérogative. La qualification juridique de cette puissance privée doit permettre de saisir la notion par le biais du lien qu'elle institue entre les contractants, *potentior* et sujet passif.

³⁵⁹ V. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893, PUF, 1973, p. 93 : « Tout n'est pas contractuel dans le contrat ».

³⁶⁰ L. AYNES, « Rapport de synthèse », in « Durées et contrats », *RDC* 2004. 201, spéc. p. 204.

CHAPITRE 2 : NATURE JURIDIQUE DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE

68. La notion de prérogative contractuelle tendant à s'éclaircir, la question de la nature juridique de cette décision emportant modification de la règle contractuelle doit à son tour être explorée. Si la particularité du mécanisme de la prérogative contractuelle ne fait nul doute au regard des traditionnels droits de créance dans le contrat, la question de la qualification de cette étrange puissance se pose. Le droit objectif, conçu comme « l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société »³⁶¹, détermine la situation des sujets de droit. Il leur confère différentes « prérogatives juridiques », terme entendu ici de façon générique et défini comme « tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait »³⁶². À première vue, la prérogative contractuelle peut être rapprochée de notions déjà connues : liberté, pouvoir, ou faculté entretiennent avec la notion de prérogative des liens certains. Pourtant, à l'épreuve de ces qualifications, c'est la singularité du mécanisme de la prérogative contractuelle qui se fait jour : celle-ci ne correspond jamais pleinement aux caractères habituellement attribués à ces différentes notions. La prérogative contractuelle ne se résumerait-elle à aucune catégorie connue ? Doit-on conclure à la nature *sui generis* de ce nouveau concept ? Faudrait-il forger un moule nouveau et réinventer sans cesse les catégories juridiques ? Comme souvent, il n'en est rien. À l'étude et en dépit de ses traits particuliers, la prérogative contractuelle appartient à la catégorie des droits subjectifs. Ceux-ci constituent l'expression d'un individualisme moderne, d'un regard porté sur la norme juridique du seul point de vue du sujet de droit, faisant d'eux le vecteur privilégié de l'unilatéralisme inhérent à la prérogative contractuelle. Parmi les droits subjectifs, les droits potestatifs ont pour point commun de conférer une puissance de décision à leur titulaire et relèvent, ainsi, du même mécanisme que la prérogative contractuelle. L'inclusion des prérogatives contractuelles au sein des droits potestatifs permet, en outre, d'affiner cette catégorie de droits subjectifs.

Ainsi, la prérogative contractuelle appartient à la catégorie des droits subjectifs (Section 1) et se classe plus précisément dans la catégorie des droits potestatifs (Section 2).

³⁶¹ V. « Droit », in *Vocabulaire juridique*, op. cit.

³⁶² V. « Prérrogative », in *Vocabulaire juridique*, op. cit.

Section 1. Appartenance de la prérogative contractuelle aux droits subjectifs

69. « Tout effort de détermination des catégories juridiques suppose d'examiner l'ensemble des phénomènes connus pour les classer en groupe par comparaison, selon des critères de liaison unissant les divers éléments de chaque catégorie et selon des critères de dissociation permettant d'opposer les catégories entre elles »³⁶³. La prérogative contractuelle entretient des liens manifestes avec différentes prérogatives juridiques. L'étude de sa nature juridique impose de la confronter à celles-ci et implique, corrélativement, le rejet de certaines d'entre elles. Un auteur a fait remarquer en ce sens la structure « plus conflictuelle que consensuelle » de la qualification : « toute qualification, qui revient à élire un nom en vertu du mérite qu'on veut bien reconnaître à la chose, suppose nécessairement le *rejet corrélatif des autres noms* dont la chose aurait pu être affublée si on l'avait tenue pour les mériter »³⁶⁴. Le processus de disqualification est donc inhérent à celui de qualification et renforce, pour ainsi dire, le choix du nom accordé à la chose. À cet égard, la prérogative contractuelle doit être dissociée des catégories de libertés, de pouvoirs et de facultés. En effet, si la puissance de décider sans entraves rappelle immanquablement la notion de liberté, elle ne peut y être assimilée faute de répondre aux caractères qui lui sont habituellement reconnus. De même, puissance et pouvoir entretiennent des liens certains. À cet égard, la notion de pouvoir est tellement diffuse que plusieurs sens lui ont été donnés. Parfois entendu comme l'aptitude à agir dans un intérêt distinct de celui du titulaire, la notion de pouvoir ne correspond pas, alors, à celle de prérogative contractuelle. Enfin, nombre de prérogatives contractuelles sont qualifiées de facultés comme, par exemple, la faculté de résiliation unilatérale. C'est donc à l'aune de cette dernière qualification qu'il faudra éprouver la notion de prérogative contractuelle. Cependant, les différentes définitions de la notion de faculté qui ont été proposées ne peuvent pas être retenues. L'exclusion de ces différentes catégories de prérogatives juridiques (§1) mène à retenir la qualification de droit subjectif, quatrième catégorie de prérogatives juridiques. En effet, les critères qui sont classiquement associés à la notion de droit subjectif permettent, en tout point, d'y associer la notion de prérogative contractuelle (§2).

³⁶³ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 193, p. 223.

³⁶⁴ O. CAYLA, « Ouverture : La qualification ou la vérité du droit », in *Droits*, n° 18, op. cit., p. 11.

§1. Rejet des qualifications alternatives

70. La notion de prérogative contractuelle est incompatible avec celle de liberté (A), ne peut pas être catégorisée parmi les pouvoirs juridiques (B), et suppose le rejet de la qualification de faculté (C).

A. Rejet de la qualification de liberté

71. Rejeter la qualification de liberté suppose, dans un premier temps, de cerner les contours de la notion. Malgré la variété des acceptions retenues pour définir les libertés, certains critères semblent faire consensus³⁶⁵, qui excluent de cette catégorie de prérogatives juridiques les prérogatives contractuelles (1). Ces notions une fois différenciées, il est possible de classer l'acceptation d'une offre de contracter et le refus de renouveler le contrat parmi les libertés (2).

1) Non-appartenance de la prérogative contractuelle à la catégorie des libertés

72. **Les caractéristiques de la liberté.** En dépit des difficultés rencontrées pour définir la liberté, des critères d'identification peuvent être retenus. La qualification de liberté repose sur trois caractéristiques déterminantes que sont l'universalisme du titulaire, l'indétermination de l'objet et la dimension négative (ou défensive) de l'effectivité de la règle de droit qui confère la liberté³⁶⁶. Ainsi, « les libertés seraient en principe reconnues à chacun, leur relevé ne serait jamais exhaustif, leur contenu serait assez indéterminé, leur protection serait négative (empêcher d'y porter atteinte et, le cas échéant, réparer le préjudice subi) »³⁶⁷.

³⁶⁵ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit., p. 165-167.

³⁶⁶ V. en ce sens S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur d'un renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRJS, 2018, n° 324 et s.

³⁶⁷ F. OST, *Droit et intérêt*, Vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 119.

À défaut de l'émergence d'une définition stricte et unanime des libertés, on sait donc, en premier lieu, que celles-ci sont reconnues à chacun³⁶⁸. La liberté est vue comme universelle. Ensuite, le contenu de la liberté est décrit négativement par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ce qui atteste l'indétermination de son objet. L'article 4 énonce, en effet, que la liberté « consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », tandis que l'article 5 déclare que la liberté consiste à faire « ce qui n'est pas interdit par la loi ». Cet aspect fait dire au Doyen Carbonnier que la liberté n'est qu'une « virtualité de droit »³⁶⁹. Enfin, elle se distingue des autres prérogatives juridiques au regard de son mode de réalisation. Sa protection est défensive et consiste seulement à empêcher ou à réparer les entraves infligées à la sphère de liberté d'un individu. En d'autres termes, la garantie du respect des libertés passe uniquement par l'exigence d'une abstention de la part d'autrui. Dans l'hypothèse des droits subjectifs ou des pouvoirs, en revanche, la garantie de leur effectivité par le droit objectif peut prendre une dimension offensive (sans toutefois exclure des mesures défensives) par laquelle le titulaire exige d'autrui un comportement positif³⁷⁰. La liberté, par l'indétermination de son titulaire et de son contenu ainsi que par son mode de réalisation purement défensif, s'impose donc comme une catégorie autonome de prérogatives juridiques.

Malgré l'apparition d'une catégorie hybride, celle des « droits à... », issue de la distorsion de certains de ces critères³⁷¹, et en dépit de la tendance de l'ère moderne à la fondamentalisation des droits³⁷², la notion de liberté peut être distinguée des autres prérogatives juridiques par ses caractéristiques propres, dès lors incompatibles avec les droits subjectifs. La notion de liberté s'avère alors inconciliable avec celle de prérogative contractuelle.

73. Incompatibilité des notions de prérogative contractuelle et de liberté.
La prérogative contractuelle ne correspond pas à la catégorie des libertés. Celle-ci a nécessairement un contenu déterminé, sans quoi l'incertitude créée serait inacceptable. En cela, la modification envisagée est toujours arrêtée ; il n'existe pas de prérogative contractuelle permettant à son bénéficiaire de modifier à sa discrétion la situation contractuelle. De même, son titulaire est toujours identifié ; la puissance accordée au *potentior*

³⁶⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ?*, préf. E. Picard, L'Harmattan, 2004, p. 405.

³⁶⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Introduction, t. 1, *op. cit.*, n°162, p. 313.

³⁷⁰ V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op.cit.*, p. 167.

³⁷¹ V. toutefois M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006, n°183, p. 241, qui qualifie le droit subjectif de « catégorie juridique en crise ».

³⁷² V. sur ce point, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998. 6.

n'équivaut pas à une simple sphère de liberté au sein de laquelle l'homme décide pour lui-même. La prérogative contractuelle n'appartient pas à tous. Elle est octroyée par la loi ou le contrat dans des hypothèses déterminées, à défaut de quoi personne ne serait contraint de respecter la décision souveraine d'autrui puisque chacun disposerait d'une puissance décisionnelle. Seul le locataire bénéficie d'un droit de préemption sur la vente de l'appartement qu'il occupe ou du local commercial qu'il exploite, excluant de ce fait la volonté d'autres acheteurs potentiels. Il faut encore s'être vu accorder une promesse unilatérale de contrat pour décider de la formation du contrat final. Par-delà l'incompatibilité des critères, l'essence même de la prérogative contractuelle va à l'encontre du concept de liberté puisqu'il s'agit d'exclure la volonté du sujet passif en décidant malgré lui. Si « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »³⁷³, la prérogative, par le lien de sujétion issu de la décision, est « la justification de l'atteinte apportée au droit du sujet passif »³⁷⁴. La prérogative contractuelle ne peut donc pas être classée dans la catégorie des libertés.

2) Appartenance de l'acceptation d'une offre de contracter et du refus de renouveler le contrat à la catégorie des libertés

74. Exclusion de l'acceptation d'une offre de contracter de la catégorie des prérogatives contractuelles. L'incompatibilité des notions de prérogative contractuelle et de liberté n'a pas empêché certaines controverses quant à la qualification de l'acceptation d'une offre et plus généralement quant à la décision de contracter. Pourtant, la simple décision ne suffit pas à reconnaître la qualification de prérogative si celle-ci ne s'impose pas à une personne déterminée comme sujet passif. La notion de décision juridique, comprise comme un « acte unilatéral parfait », exprime les écueils à éviter au regard de l'omniprésence de la décision en droit privé³⁷⁵. Il faut distinguer la décision comme essence de la prérogative contractuelle, de la décision qui relève de la sphère de liberté des personnes. À cet égard, accepter une offre ne s'assimile pas à une décision contraignante pour l'offrant qui modifie sa situation contractuelle en donnant naissance à un contrat³⁷⁶. En dépit des ressemblances entre l'acceptation et la levée d'option, seule cette dernière relève de l'exercice d'une prérogative

³⁷³ Art. 4 D.D.H.C.

³⁷⁴ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *op. cit.*, n° 48, p. 737.

³⁷⁵ V. sur ce point, S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, *op. cit.*, spéc. p. 181.

³⁷⁶ Comp. F. K. COMPARATO, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964, n° 11, p. 24 ; C. PAULIN, « Promesse et préférence », *RTD com.* 1998. 511, spéc. p. 516, note 22.

contractuelle³⁷⁷. Tandis que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis »³⁷⁸, l'offre peut être rétractée avant l'expiration du délai (fixé ou raisonnable) et tant que l'acceptation n'est pas parvenue à son auteur³⁷⁹. Comme en dispose l'article 1121 du Code civil, l'acceptation a pour effet la conclusion du contrat si, et seulement si, l'offrant a effectivement maintenu son offre. La création de la situation juridique ne dépend donc pas de la seule volonté de l'acceptant aux dépens de celle de l'offrant mais réside dans la recherche du consensus par la rencontre de deux volontés. Dès lors, l'acceptation d'une offre constitue l'exercice de la liberté de contracter dont chacun dispose. Elle est par ailleurs qualifiée, par certains auteurs, de simple fait juridique qui concourt à la formation d'un acte juridique³⁸⁰. Si accepter une offre revient à décider, il ne s'agit pas d'*imposer* sa décision, ce qui exclut la qualification de prérogative contractuelle.

75. Le refus de renouveler le contrat. Le refus de renouveler le contrat a donné lieu à une jurisprudence abondante et difficilement lisible en raison de la diversité de ses applications. De l'adhésion à une association au congé du bailleur, diverses hypothèses peuvent être envisagées, qui oscillent entre manifestations de la liberté et prérogative contractuelles. C'est que, sous une même appellation, les deux qualifications sont possibles. Dans l'hypothèse où le contrat serait à durée indéterminée, celle de prérogative s'impose. Il s'agit alors de la faculté de résiliation unilatérale consacrée à l'article 1211 du Code civil. Le contrat d'association pourrait, par exemple, être conclu sans durée de sorte que même dans le silence des statuts, chaque partie disposerait de cette prérogative³⁸¹. En revanche, si le contrat est à durée déterminée, la qualification du « refus de renouvellement » est variable. Lorsque la décision est prise en dehors de la survenance du terme, seule la stipulation d'une prérogative de rupture unilatérale du contrat lui donne effet. Dès lors, « les statuts font la loi des

³⁷⁷ V. en ce sens également, I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, n° 44, p. 43.

³⁷⁸ Art. 1124 al. 2 C. civ.

³⁷⁹ Art. 1116 et 1118 C. civ. La rétractation illicite de l'offre (art. 1116 al. 2 C. civ.) est alors sanctionnée par les règles relatives à la responsabilité extracontractuelle, mais produit tout de même son effet.

³⁸⁰ J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. FLOUR, LGDJ, 1970, n° 197 et s., p. 184 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 208, p. 125.

³⁸¹ L'association est une convention au sens de l'article 1^{er} de la loi du 1er juillet 1901. Sur la qualification de l'association comme « contrat-organisation », V. P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », *op. cit.*, p. 635.

parties »³⁸². La Cour de cassation exige ainsi des juges du fond qu'ils constatent une clause qui stipule la mal nommée « faculté de ne pas renouveler l'adhésion »³⁸³. Elle s'analyse en réalité en une prérogative de résiliation unilatérale dont l'existence est subordonnée à sa stipulation conventionnelle. En revanche, lorsque le contrat d'adhésion à une association est prévu pour une durée limitée et que son extinction est concomitante à l'acquisition du terme, la rupture ne doit pas être assimilée à une prérogative contractuelle. Elle procède du simple exercice de la liberté de ne pas renouveler le contrat, émanation de la liberté de ne pas contracter³⁸⁴. Par exemple, l'article des statuts qui précise que chaque adhésion n'est valable qu'un an et ne peut faire l'objet d'un renouvellement tacite exprime la durée du contrat et suppose, pour son renouvellement, un consensus. Le refus d'une partie de faire perdurer la situation contractuelle n'est donc pas une prérogative³⁸⁵. Autrement dit, le renouvellement ne consiste pas en l'octroi d'une puissance exorbitante permettant d'imposer la décision de son titulaire. Ce choix substantiellement unilatéral n'a rien de dérogoire au principe du consensus mais renvoie simplement à une application de la liberté contractuelle³⁸⁶.

La prérogative contractuelle ne doit pas, en outre, être confondue avec des règles relatives à l'aménagement de la liberté contractuelle. Malgré l'apparente symétrie entre la faculté de donner congé conférée au locataire et celle octroyée au bailleur, la différence dépasse les seules conditions d'exercice des deux mécanismes : elle réside dans leur qualification juridique. Dans la première hypothèse, la loi réserve au locataire la possibilité de mettre fin à la situation contractuelle en cours par sa seule décision, ce qui en fait une prérogative contractuelle³⁸⁷. À l'inverse, les cas où le bailleur se contente de refuser, sous conditions

³⁸² Cass. Civ. 1^{re}, 25 juin 2002, *Bull. civ.* I, n° 171 ; *D.* 2002. 2359, Y. CHARTIER ; *RTD civ.* 2003. 288, J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2003. 756, L. GROSCLAUDE.

³⁸³ Par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 2019, n° 18-18.167, PB ; *JA* 2019, n° 601, p. 11, X. DELPECH ; *Dalloz actu.*, 19 juin 2019, A. TANI.

³⁸⁴ V. Art. 1102 C. civ. Sur la notion de liberté contractuelle et ses divers aspects, V. L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, avant-propos R. CABRILLAC, préf. E. PUTMAN, LGDJ, 2013, spéc. n° 118 et s., p. 108 et s.

³⁸⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 6 mai 2010, n° 09-66.969 ; G. HELLERINGER « Ne pas renouveler une adhésion : une prérogative contractuelle », *D.* 2010. 2413. Dans cet arrêt, les juges ont rejeté le pourvoi d'une hôtelière à laquelle l'association Gîtes de France avait refusé le renouvellement de son adhésion. L'article 8 des statuts stipulait que toute adhésion à l'association avait une durée limitée d'un an et ne pouvait faire l'objet d'un renouvellement tacite. C'est à raison que la 1^{re} Chambre civile a estimé que l'association était admise à refuser le renouvellement en vertu de la liberté contractuelle et a rejeté, en l'espèce, les allégations d'abus.

³⁸⁶ Pour un exemple d'assimilation entre la conclusion du contrat et le renouvellement du contrat, V. Cass. Com. 24 oct. 2000, *Bull. civ.* IV, n° 163 ; *RTD civ.* 2001. 140, J. MESTRE et B. FAGES.

³⁸⁷ V. par ex. Art. L. 145-4 C. com. en matière de bail commercial ; Art. 12 de la loi n° 89-462 du 6 juil. 1989 en matière de baux d'habitation et mixtes.

restrictives, le renouvellement du contrat ne peuvent être ainsi qualifiés³⁸⁸. Loin de la puissance conférée au *potentior* par l'effectivité de sa décision unilatérale, le bailleur voit sa liberté contractuelle restreinte pour un motif d'ordre public de protection. Il ne s'agit plus de permettre une modification de la situation contractuelle en cours mais, au contraire, de limiter la liberté contractuelle de l'une des parties à l'arrivée du terme du contrat. La loi impose au bailleur un renouvellement qu'il ne saurait refuser sauf motifs énumérés. En ce sens, la décision laissée à ce dernier ne peut s'analyser en une prérogative contractuelle mais doit se comprendre comme une restriction de sa liberté contractuelle.

76. La prérogative de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. Désormais conférée par l'article 1211 du Code civil à tous les contractants engagés pour une durée indéterminée, la prérogative de résiliation a été érigée au rang constitutionnel par la décision *PACS* du 9 novembre 1999³⁸⁹. La « liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants » expliquent les juges de la rue Montpensier. La liberté est ainsi la raison d'être de cette prérogative ; elle n'en constitue pas pour autant la nature. D'une part, tout un chacun n'en dispose pas : il faut pour cela être engagé dans un contrat sans terme. D'autre part, son contenu est connu, qui permet de dissoudre une situation contractuelle pour l'avenir sans pour autant être exempté des conditions d'exercice propres aux prérogatives contractuelles. La résiliation n'est pas à l'abri d'un usage déloyal et n'échappe pas aux conditions formelles utiles à la protection du sujet passif³⁹⁰. Le Conseil constitutionnel n'omet pas de le rappeler, qui écrit qu'« il revient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ». C'est qu'on accorde au *potentior* le droit de modifier la situation contractuelle à laquelle il appartient et, partant, d'empiéter sur la sphère juridique de son cocontractant. À cet égard, la modification consiste à préciser l'échéance du contrat qui n'était pas conçue jusqu'alors. Le procédé se rapproche de la prérogative de fixation du prix : les parties savent qu'il y aura un prix mais en ignorent

³⁸⁸ Art. 15 de la loi n° 89-462 du 6 juil. 1989 en matière de baux d'habitation et mixtes. Quant au bailleur commercial, il est soumis au droit au renouvellement du locataire, si bien que l'art. L. 145-14 C. com. subordonne le non-renouvellement du bail au paiement d'une indemnité d'éviction.

³⁸⁹ Cons. Const., 9 nov. 1999, DC n° 99-419, *PACS*, *loc. cit.*, « Considérant » n° 61. V. aussi Cons. Const., 13 juin 2013, DC n° 2013-672.

³⁹⁰ Sur le préavis, V. *infra*, n° 429 et s.

le montant jusqu'à ce que le créancier le décide. Le *potentior* de la prérogative de résiliation, lui aussi, opère le passage d'un élément inconnu (le contrat n'est pas perpétuel mais les parties ignorent la date de son extinction) à un élément connu (le terme est décidé). Si la prérogative de résiliation des contrats à durée indéterminée procède de la liberté³⁹¹, elle ne se confond donc pas avec elle.

Ainsi, la prérogative contractuelle se distingue de la liberté. Pourvue d'un contenu déterminé et d'un titulaire identifié, elle s'oppose par ses caractéristiques à la conception retenue de la liberté. En outre, le lien de sujétion inhérent à la décision juridique que suppose la prérogative contractuelle réalise nécessairement un empiètement sur la sphère juridique d'autrui – le sujet passif –, qui rompt avec les règles fondamentales de réalisation de la liberté des individus. La qualification de liberté ainsi écartée, la prérogative contractuelle doit être confrontée à la notion de pouvoir.

B. Rejet de la qualification de pouvoir

77. Le terme « pouvoir » dispose d'une place prééminente dans le vocabulaire juridique. Le droit réel a, par exemple, été décrit comme « le pouvoir juridique exercé directement sur une chose et permettant d'en retirer tout ou partie de ses utilités économiques »³⁹². Plus largement encore, c'est au droit subjectif, dans toute sa diversité, que la notion s'est attachée puisque celui-ci a pu être défini, ni plus ni moins, comme « un pouvoir » attribué à un sujet de droit³⁹³. Or, ainsi qu'il a justement été remarqué, « la substitution du terme de pouvoir à celui de droit ou de volonté n'explique rien si le pouvoir n'est pas défini à son tour »³⁹⁴. Il semble alors nécessaire de reprendre la distinction opérée entre l'emploi explétif qui en est fait ici et son acception technique. Le terme « pouvoir » est utilisé dans deux sens distincts (1). Souvent destiné à agrandir le champ lexical ou à rendre compte de l'effet de la volonté, la notion juridique de pouvoir renvoie pourtant à une stricte définition à laquelle il semble utile de

³⁹¹ P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, op. cit., n° 89, p. 159. ». V. égal. P.-Y. GADHOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2008, spéc. p. 289 et s.

³⁹² J. CARBONNIER, *Droit civil*, Introduction, t. I, op. cit., n° 164, p. 317.

³⁹³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Introduction, t. I, op. cit., n° 163 p. 315 ; V. aussi C. LAROUMET et A. AYNES, *Traité de droit civil*, t. I, Economica, 2013, n° 316, p. 225.

³⁹⁴ E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 2 p. 8.

revenir. C'est au regard de la conception juridique de la notion de pouvoir que sa qualification doit être exclue pour les prérogatives contractuelles (2).

1) Les deux acceptions de la notion de pouvoir

78. Le pouvoir dans le langage commun. Dans un sens général, le pouvoir n'est autre qu'une maîtrise effective des choses et des situations. Madame Helleringer a ainsi indiqué entendre le terme « pouvoir » dans « l'acception la plus directement issue de la racine étymologique *potestas*, la "puissance" », et considère que « le pouvoir confère la puissance de faire prévaloir sa volonté sur celle de son cocontractant »³⁹⁵. Dans bien des cas en effet, l'utilisation du terme « pouvoir » se fait dans un sens commun qui n'est pas propre à la matière juridique. C'est dans cette optique que des auteurs l'ont associé à la catégorie des droits potestatifs³⁹⁶ ou aux prérogatives contractuelles³⁹⁷, ceux-ci renvoyant sans aucun doute à l'octroi d'une puissance sur une situation juridique donnée.

79. La notion juridique de pouvoir. Certains auteurs se sont démarqués de cette acception étymologique pour traiter la notion de pouvoir dans son sens technique. Monsieur Gaillard la définit comme « l'aptitude à agir valablement dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »³⁹⁸. Dans le même sens, un auteur se fondant sur les travaux antérieurs a récemment défini le pouvoir comme la « prérogative par l'exercice de laquelle son titulaire est autorisé à exprimer un intérêt distinct du sien par la participation à la création d'un acte juridique pour le compte d'autrui »³⁹⁹ et « contraignant pour autrui »⁴⁰⁰. Le pouvoir a donc pour raison d'être « un empiètement sur la sphère juridique d'autrui »⁴⁰¹. Sa justification est alors intrinsèque à sa qualification. Le pouvoir n'est pas une simple domination ni un pur assujettissement. Il n'est pouvoir que parce qu'il est destiné à servir une cause qui dépasse les seuls intérêts de son titulaire. Justifié par « le bien commun » en matière contractuelle selon

³⁹⁵ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit. n° 345 p. 188.

³⁹⁶ V. I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, op. cit., n° 60, p. 58.

³⁹⁷ Par ex., P. DELEBECQUE, « Prérogatives contractuelles et obligations essentielles », op. cit., spéc. n° 2, p. 682 ; V. égal. F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », op. cit., p. 709 et s., qui utilise le terme de *potentor* ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit. et loc. cit., n° 345 et s., p. 188 et s.

³⁹⁸ E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, op. cit., par ex. n° 75 p. 53.

³⁹⁹ J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé, Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. WICKER, th. dactyl., Bordeaux, 2017, n° 171, p. 69.

⁴⁰⁰ M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1980, n° 172, p. 129

⁴⁰¹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n° 23 p. 190.

Monsieur Lokiec⁴⁰², ou pour « une finalité (...) extérieure à la personne du titulaire » par Josserand⁴⁰³, le pouvoir renvoie toujours à une prérogative altruiste. Le concept de pouvoir ainsi défini ne se réduit pas aux seuls mécanismes de représentation. S'il peut s'agir des prérogatives dont dispose le tuteur, l'époux qui administre les biens de la communauté conjugale est également concerné, puisque tous deux doivent prendre en compte un intérêt au moins partiellement distinct des leurs. Cette conception du pouvoir semble avoir pénétré les arcanes de la doctrine, si bien qu'il est désormais défini par Cornu comme une « aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui (...) et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue »⁴⁰⁴. On peut alors parler de pouvoir-altruisme, par opposition au pouvoir-puissance, première acception de la notion⁴⁰⁵.

80. Pouvoirs et droits subjectifs. La distinction entre le pouvoir-altruisme et le pouvoir-puissance n'est pas sans rappeler celle que Josserand opérait entre « les droits à esprit altruiste » et « les droits à esprit égoïste »⁴⁰⁶, dont Ripert et Planiol furent les plus brillants adversaires⁴⁰⁷. S'il n'est pas question d'entrer ici dans la controverse sur la dimension finaliste des droits au regard de la théorie de l'abus⁴⁰⁸, il convient, en revanche, de s'interroger sur la conception des pouvoirs comme droits subjectifs d'une nature particulière. À cet effet, les auteurs qui ont établi la définition juridique du pouvoir semblent unanimes : les pouvoirs ne sont pas des droits subjectifs⁴⁰⁹. À l'inverse, la définition du pouvoir-puissance ne fait pas obstacle à sa qualification de droit subjectif. Monsieur Gaillard plaide ainsi pour une distinction entre les droits subjectifs et les pouvoirs « dans la catégorie plus vaste des prérogatives juridiques »⁴¹⁰, tandis que Monsieur Valiergue affirme que « pouvoirs et droits

⁴⁰² P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, *op. cit.*, p. 131 et s. Sur la notion de bien commun, V. égal. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 44, p. 39 et s.

⁴⁰³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.*, n° 81, p. 120.

⁴⁰⁴ V. « Pouvoir », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

⁴⁰⁵ *Contra*, J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.*, p. 747, qui considère, à l'inverse, que c'est la notion de puissance qui doit être assimilée à un rapport intersubjectif altruiste.

⁴⁰⁶ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit.*, n° 308 et s., p. 418 et s. ; V. égal. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 268 et s., qui distingue les « droits-intérêts » et les « droits-fonction ».

⁴⁰⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 3^e éd., 1905, n° 871, p. 283 ; G. RIPERT, « L'exercice des droits et la responsabilité civile », *Rev. crit. légis. et juris.* 1905. 352.

⁴⁰⁸ Sur ce point, V. *infra*, n° 392 et s.

⁴⁰⁹ L'étude de l'opposition entre droits subjectifs et pouvoirs se heurte à celle de l'opposition entre pouvoir et capacité selon que l'on considère le pouvoir comme une prérogative juridique ou une aptitude. V. sur ce point, E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 64 et s., p. 48 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 60, p. 67.

⁴¹⁰ E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 60-63, p. 46-47.

subjectifs correspondent (...) à deux catégories de prérogatives juridiques par l'exercice desquels un sujet de droit peut participer à la création d'un acte juridique »⁴¹¹.

Selon ces auteurs, la distinction s'explique par la nature de ces deux prérogatives : « le droit subjectif est autonomie, le pouvoir hétéronomie »⁴¹². L'hétéronomie caractéristique du pouvoir signifie qu'il existe une « dissociation entre la qualité d'auteur et de partie à un acte juridique »⁴¹³, alors même que le droit subjectif implique une assimilation entre ces deux qualités. L'idée d'« empiètement sur la sphère juridique d'autrui » doit alors être comprise par exclusion de la sphère juridique du titulaire du pouvoir. En d'autres termes, l'exercice du pouvoir ne porte pas ses effets sur la sphère juridique de son titulaire⁴¹⁴. Tel est, par exemple, le cas du mandataire ou de l'arbitre⁴¹⁵. Ainsi, les pouvoirs « se conçoivent dans une sphère communautaire et par rapport aux intérêts de la communauté ou d'un de ses membres, alors que les purs droits individuels sont abandonnés au libre arbitre de leur titulaire pour le développement de ses intérêts, de ses affections, de ses goûts et de sa personnalité propre »⁴¹⁶.

2) Inadéquation de la conception juridique du pouvoir à la prérogative contractuelle

81. La prérogative contractuelle, une prérogative au service d'un intérêt individuel. En premier lieu, si l'on adhère à la conception du pouvoir comme prérogative juridique destinée à l'hétéronomie, la qualification doit être exclue. L'exercice de la prérogative contractuelle ne correspond pas à la création d'un acte juridique pour le compte d'autrui mais consiste en la modification d'une règle au sein d'un acte déjà existant⁴¹⁷. En second lieu, quand bien même l'hétéronomie ne serait pas retenue comme constitutive de la notion de pouvoir, l'exigence de la prise en compte d'un intérêt au moins partiellement

⁴¹¹ J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé, Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, op. cit., n° 112.

⁴¹² E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, op. cit., n°216, p. 139 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., n°23, p. 190 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 61, p. 68 ; J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé, Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, op. cit., n° 113 et s.

⁴¹³ J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé, Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, op. cit., n° 117.

⁴¹⁴ G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, op. cit., n° 61, p. 69.

⁴¹⁵ Il résulte également de cette conception que les décisions prises par les dépositaires de l'autorité parentale concernant la situation juridique de l'enfant mineur renvoient à la notion de pouvoir. De même, les décisions prises par un juge peuvent être assimilées à cette catégorie de prérogatives.

⁴¹⁶ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 524, p. 399.

⁴¹⁷ V. *supra*, n° 59 et s.

distinct de celui de son titulaire ne correspond pas à la nature de la prérogative contractuelle. Le caractère individualiste de la prérogative résulte de ce qu'elle a d'abord vocation à modifier la situation contractuelle de son bénéficiaire, l'empiètement sur la sphère juridique du cocontractant n'étant qu'un effet consécutif⁴¹⁸. Le titulaire de la prérogative contractuelle, agissant dans son intérêt propre, est le premier concerné par l'acte juridique dont il est à l'origine. Il n'est jamais question de mettre en œuvre la prérogative pour empiéter sur la sphère juridique d'autrui mais de décider de la modification d'une règle contractuelle au sein d'une situation qui concerne directement le *potentior*. La prérogative contractuelle n'a pas vocation à modifier la situation juridique d'autrui ; elle n'est pas conférée dans ce but. C'est avant tout sa propre situation juridique que le titulaire de la prérogative cherche à modifier, sans quoi la puissance octroyée par ce droit serait injustifiée et par là même indéfendable. Dès lors, la prérogative contractuelle est une expression manifeste d'une puissance individuelle autorisée dans le contrat.

Il arrive que des prérogatives contractuelles d'origine légale aient pour fondement la défense d'un intérêt plus large que celui de son titulaire⁴¹⁹. Il faut pourtant distinguer l'intérêt qui fonde l'octroi d'une prérogative contractuelle de l'intérêt censé justifier sa mise en œuvre. Le droit de préemption peut, par exemple, être rattaché à la catégorie des prérogatives contractuelles, du moins aux termes de sa définition théorique⁴²⁰. En effet, son titulaire décide de se substituer à un contractant originaire et modifie une situation contractuelle par la confiscation d'une position contractuelle *à son profit*. À cet égard, le droit de préemption du locataire d'un bail d'habitation a été conféré par le législateur sur le fondement de l'intérêt général pris en considération au travers d'un intérêt privé⁴²¹. Néanmoins, son exercice n'est contrôlé ni au regard de la prise en compte de cet intérêt général ni d'un autre intérêt particulier. Par-delà la nature individualiste de la prérogative contractuelle, les conditions de son exercice ne peuvent être assimilées à une prise en compte de l'intérêt du sujet passif qui justifierait la qualification de pouvoir dans son sens juridique.

⁴¹⁸ *Contra* M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels*, *op. cit.*, spéc. n° 248, p. 277.

⁴¹⁹ V. art. L. 412-8 et s. C. rur. En ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, *op. cit.*, n° 414, p. 383.

⁴²⁰ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, *op. cit.* et *loc. cit.* ; V. *infra*, n° 217 et s.

⁴²¹ V. art. 15 de la loi du 6 juil. 1989, n° 89-462 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, *op. cit.*, n° 410, p. 378. Le même raisonnement peut être affecté au droit de préemption accordé au preneur d'un bail commercial par la loi dite Pinel, n° 2014-626 du 18 juin 2014, art. L. 145-46-1 C. com. La disposition est d'ordre public, V. Cass. Civ. 3^e, 28 juin 2018, n° 17-14.605 ; *D.* 2018. 1736, F. BURGAUD ; p. 1740, P. VIUDES et F. ROUSSEL ; *RTD civ.* 2018. 875, H. BARBIER ; *AJDI* 2019. 122, J.-P. BLATTER.

82. Rejet de la notion de bien commun comme justification de l'exercice d'une prérogative contractuelle. Monsieur Lokiec a estimé que la notion de pouvoir dans son acception technique était opportune pour qualifier les prérogatives contractuelles accordées par la convention. Il considère que la prérogative contractuelle doit être exercée en vue du bien commun, comme le montrent les mécanismes de bonne foi et d'abus de droit auxquels a recours la Cour de cassation⁴²². Cette conception appelle certaines réserves. La sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle n'a pas vocation à en imposer un exercice altruiste mais à empêcher une mise en œuvre nuisible⁴²³. Il existe un espace entre l'exercice arbitraire et l'exercice dans l'intérêt d'autrui que la prérogative investit. En d'autres termes, la prérogative contractuelle doit être exercée par son titulaire selon ses propres intérêts mais sans porte préjudice à son cocontractant par le biais d'un comportement malhonnête qui trahit ses prévisions légitimes⁴²⁴. Il y a une différence théorique et pratique entre conférer une prérogative juridique dans le but qu'elle soit exercée au moins partiellement dans l'intérêt d'autrui, et limiter l'exercice d'une prérogative juridique de sorte qu'elle ne porte pas une atteinte substantielle aux intérêts d'autrui. Sanctionner l'abus dans la fixation unilatérale du prix (articles 1164 et 1165 du Code civil) et plus généralement la mauvaise foi dans l'exercice d'une prérogative contractuelle revient à circonscrire la puissance juridique d'un sujet de droit. Établir l'étendue des possibilités dans la mise en œuvre d'une prérogative juridique fait certes intervenir l'intérêt de celui qui la subit : le droit est « science de la relation »⁴²⁵. Pour autant, il ne s'agit pas d'une prise en compte positive de l'intérêt du cocontractant, sans quoi le prix unilatéralement fixé ferait l'objet d'un contrôle objectif de l'équivalence des prestations proche du mécanisme de la lésion, par exemple. Comme pour la prérogative contractuelle, la limitation de l'exercice du droit de propriété à l'abus ne suppose pas de faire intervenir positivement l'intérêt des tiers dans la nature de ce droit⁴²⁶. « Autrement dit, agir en

⁴²² P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, n° 261 et s., p. 188 et s. ; *Contra*, D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », *op. cit.*, spéc. n° 36, p. 672.

⁴²³ V. L. AYNES, « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *op. cit.*, n° 4, p. 688 : « poser une exigence de conformité continue de la dette aux intérêts du débiteur est ruiner purement et simplement la valeur de l'engagement. D'ailleurs, dans les affaires jugées par la chambre commerciale le 10 juillet 2007 et la troisième chambre civile le 9 décembre 2009, il n'était pas question de sauvegarder l'intérêt du débiteur ». Égal. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, spéc. note 2294, n° 692, p. 506 : « En matière de prérogatives contractuelles, le droit est conféré dans l'intérêt de son seul titulaire, même s'il est affecté d'une fonction au sein de l'opération contractuelle. Dès lors, contrôler si l'exercice du droit est conforme à sa fonction objective se conçoit, contrôler en revanche s'il est exercé conformément à l'intérêt de son titulaire ne s'envisage pas : celui-ci reste seul juge de ses intérêts. »

⁴²⁴ V. *infra*, n° 346 et s. Comp. T. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 895.

⁴²⁵ L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. dr.* 2000, t. 44, p. 195, spéc. p. 197.

étant mû par un principe mauvais n'est pas la même chose que d'omettre d'agir là où l'amitié le commande. Il n'y a pas qu'une différence de degré entre les deux hypothèses, il s'y trouve une différence de nature car ce ne sont pas les mêmes valeurs que l'on foule aux pieds »⁴²⁷. L'exercice de la volonté unilatérale sur le contenu contractuel ne peut s'analyser comme une forme de mandat conféré par le sujet passif au *potentior* pour assurer la continuité de l'acte à leurs intérêts respectifs. Le principe de consensus suffit pour cela.

83. État des questions sur la nature des décisions contractuelles prises par l'Administration, l'employeur, le dirigeant social et les associés. Certains domaines sont irrigués par des notions cadres, aux contours incertains, qui sont parfois utilisées par la jurisprudence ou le législateur pour limiter l'exercice des décisions unilatérales prises dans un cadre contractuel. Le droit public est imprégné de la notion d'intérêt général, le droit des sociétés de celui d'intérêt social, et le droit du travail de celui d'intérêt de l'entreprise. La qualification de ces droits de décider dépend de l'autonomie que l'on prête à ces divers intérêts par rapport à leur représentant. Par exemple, dans les contrats conclus entre des personnes privées et l'Administration, l'intervention de l'intérêt général comme critère de mise en œuvre des droits unilatéraux de cette dernière tend *a priori* à les caractériser comme des pouvoirs juridiques⁴²⁸. Pourtant, toutes les prérogatives de puissance publique ne semblent pas rentrer dans cette catégorie. En effet, certains droits qui confèrent une puissance unilatérale à une émanation de l'État voient leur existence justifiée par l'intérêt général, lequel n'intervient pas, ensuite, au stade du contrôle de leur mise en œuvre. Ainsi, dans le cas des droits de préemption accordés à un organisme public tel que les SAFER⁴²⁹ ou les communes bénéficiant d'un droit de préemption urbain⁴³⁰, il n'est pas possible de considérer que ceux-ci sont soumis à un exercice altruiste. À notre connaissance en effet, il n'est jamais arrivé que la mise en œuvre d'un droit de préemption urbain soit censurée par un juge estimant que son exercice ne répondait pas à l'intérêt général. On peut voir là des hypothèses de confusion entre le titulaire lui-même (SAFER ou commune) et l'intérêt général dans la mesure où les

⁴²⁶ Cass. Req. 3 août 1915, *D.* 1917. I. 79 ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 69.

⁴²⁷ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 15, p. 27.

⁴²⁸ Sur la notion d'intérêt général, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, *op. cit.*

⁴²⁹ Art. L. 143-1 et s. C. rur. pm.

⁴³⁰ Art. L. 211-1 et s. C. urb.

titulaires représentent en eux-mêmes cet intérêt par la simple disposition du droit qui leur est conféré⁴³¹.

La qualification des droits de puissance unilatérale octroyés à l'employeur dans le contrat de travail dépend également du crédit que l'on prête au standard de l'intérêt de l'entreprise⁴³². La Chambre sociale a régulièrement affirmé que les pouvoirs de l'employeur devaient être exercés conformément à l'intérêt de l'entreprise⁴³³, et a sanctionné le détournement de pouvoir de ce dernier lorsque tel n'était pas le cas⁴³⁴. Une dissociation est ainsi opérée entre l'employeur et l'entreprise, le premier exploitant la seconde mais ne se confondant pas avec elle. Dès lors, il faut considérer que les droits conférés à l'employeur pour modifier unilatéralement le contrat du salarié (en premier lieu par l'exercice de son pouvoir disciplinaire mais aussi par le biais d'une clause de mobilité par exemple) appartiennent à la catégorie des pouvoirs juridiques, tandis que ceux du salarié (par exemple le droit de démissionner dans les contrats à durée indéterminée) sont des prérogatives contractuelles. Toutefois, des auteurs ont dénoncé la faiblesse de ce mode de contrôle, rappelant son imprécision mais, surtout, le fait qu'il « repose sur le contrôle d'un intérêt dont le titulaire est seul juge »⁴³⁵. Là encore, une confusion des intérêts entre représentant et représenté peut être remarquée, et semer le trouble sur la qualification qu'il convient d'apporter à ces décisions unilatérales. Comme le souligne Monsieur Lokiec, le caractère subjectif de l'intérêt de l'entreprise entraîne un faible contrôle des décisions de l'employeur, le détournement de pouvoir se rapprochant « sensiblement d'un contrôle de la “mauvaise foi” »⁴³⁶. Difficile, dès lors, de ne pas rattacher ces décisions à la qualification de prérogative contractuelle dont l'exercice déloyal serait logiquement sanctionné. En droit des sociétés, les pouvoirs des associés et des dirigeants ont pu se heurter à la notion d'intérêt social. Sa définition est

⁴³¹ V. en ce sens, H. PERRET, « Les S.A.F.E.R. en question », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, 601, spéc. p. 603-609.

⁴³² V. not. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., n° 512 et s., p. 373 ; Égal. G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992, p. 143 ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 89 et s., p. 62 et s.

⁴³³ Par ex. Cass. Soc. 15 mai 1991, *Bull. civ. V*, n° 236

⁴³⁴ Par ex. Cass. Soc. 4 janv. 1980, *Bull. civ. V*, n° 6 : « L'employeur est juge, 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 ».

⁴³⁵ V. not. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir...*, op. cit., n° 392, p. 286 ; Adde H. LE NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise, Essai sur le droit de l'entreprise*, th. dactyl. Rennes I, 1986, n° 62, p. 78 ; H. SINAY, « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité de jurisprudences administrative et judiciaire » Dr. soc. 1979, 277, cité par P. LOKIEC, loc. cit.

⁴³⁶ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., n° 393, p. 287.

cependant variable⁴³⁷. La Cour de cassation a pu consacrer une conception de l'intérêt social comme distinct de la somme des intérêts des associés⁴³⁸. Il fait alors figure de standard pour contrôler les décisions prises au sein de la société⁴³⁹, tant par le dirigeant social que par les associés⁴⁴⁰. Cette jurisprudence n'a pas fait l'unanimité : l'intérêt social a aussi été assimilé à l'intérêt commun associé⁴⁴¹. Dans ces différents domaines, donc, – droit des contrats administratifs, droit social et droit des sociétés –, la théorie institutionnelle qui promeut une conception transcendante de l'entité représentée se heurte à une autre théorie qui tend à la confusion des intérêts entre représentant et représenté. La qualification des décisions unilatérales prises dans le cadre de contrats auxquels ces entités sont parties dépend de l'adhésion à l'une ou l'autre de ces thèses. Ces controverses dépassent, toutefois, le cadre de notre étude, si bien que les enjeux abordés dans ces trois domaines ne feront pas l'objet de davantage de développements dans ces lignes.

En résumé, la prérogative contractuelle doit être associée au pouvoir pris dans sa dimension étymologique – c'est-à-dire une puissance – mais ne peut, en revanche, être considérée comme un pouvoir au sens juridique. La notion de faculté recouvre elle aussi deux acceptions distinctes à l'aune desquelles la prérogative contractuelle doit être appréciée.

C. Rejet de la notion de faculté

84. Dans le lexique extra-juridique, la faculté est définie simplement comme « une possibilité de fait »⁴⁴². Le terme est néanmoins récurrent dans les textes légaux. C'est ainsi que l'article 2262 du Code civil prohibe l'application des principes de possession et de prescription aux « actes de pure faculté ». C'est dans le même sens que le législateur de

⁴³⁷ Sur les différentes conceptions de l'intérêt social, V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 33^e éd., 2020, n° 633 et s. V. égal. J. HEINICH, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. soc.* 2018. 568.

⁴³⁸ Com 13 nov. 2007, n°06-15826, *Dr. et patr.* 2008, L. AYNES et P. DUPICHOT ; *JCP E* 2008, 1280, J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; Civ. 2e, 13 mars 2008, n°06-16077, *RD. Banc. & Fin.* 2008, comm. 70 A. CERLES ; Com. 8 nov. 2011, n°10-24438, *Gaz. Pal.* 2011, n°356, p.13, M.P. DUMONT-LEFRAND ; *JCP E* 2012, 1087, J.F. CARRE et S. BOL ; *D.* 2012. 415, E. SCHLUMBERGER ; *Defrénois* 2012, art. 40393, S. CABRILLAC ; Civ. 3^e, 12 sept. 2012, n°11-17948, *Bull. Civ.* III, n°121, *Rev. Sociétés*, 2012, n°178, R. MORTIER. V. égal. en ce sens, M. GERMAIN, « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », in *Mélanges P. Le Cannu*, LGDJ 2014, p. 289.

⁴³⁹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, n° 539 et s., p. 392 et s.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ Cass. Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, *Bull. civ.* I, n° 345 ; *RTD com.* 2008. 141, M.-H. MONSERIE-BON ; p. 167, D. LEGEAIS.

⁴⁴² P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 159.

l'article 214 du même code contraint les époux à contribuer aux frais du ménage proportionnellement à « leurs facultés respectives ». En outre, les articles 1658 et suivants font état de la « faculté de rachat » du contrat de vente à réméré, de même que l'article 815-17 expose la « faculté de provoquer le partage » des indivisaires, ou encore que l'article 1867 a trait à la « faculté de substitution » d'un associé à l'acquéreur de parts sociales. Il apparaît ainsi que le terme « faculté » est régulièrement utilisé sans pour autant faire l'objet d'une définition unique. Le mystère qui entoure cette notion a incité des auteurs à s'y intéresser, permettant l'élaboration de deux théories successives et distinctes sur la notion de faculté dans la terminologie juridique. Celles-ci doivent être envisagées au regard de la notion de prérogatives contractuelles. En effet, l'utilisation usuelle du terme « faculté » pour nommer plusieurs prérogatives contractuelles, telles que la faculté de résiliation unilatérale, les diverses facultés de rétractation ou les facultés de renonciation au bénéfice d'une condition, impose d'envisager cette qualification juridique. Il apparaît toutefois à l'étude des deux analyses proposées que ne peuvent être retenues pour qualifier la prérogative contractuelle ni celle de Lecompte (1), ni celle de Roubier (2).

1) Rejet de la qualification de faculté à l'aune de la théorie de Lecompte

85. **La théorie de Lecompte.** La théorie de Lecompte repose sur le constat de l'existence de prérogatives juridiques imperméables au jeu de la prescription extinctive. « Ainsi, l'emploi du terme faculté (...) doit être réservé aux pouvoirs juridiques de l'homme qui se révèlent comme l'accessoire, soit d'un droit complexe imprescriptible, soit d'un état permanent, c'est-à-dire aux droits qui ne sont point sujets à prescription extinctive »⁴⁴³. En d'autres termes, « l'étude des facultés se rattache principalement et seulement à celle des droits imprescriptibles et fait, pour ainsi dire, corps avec elle »⁴⁴⁴. Ainsi de la faculté accordée au propriétaire joignant un mur de le rendre mitoyen⁴⁴⁵ et plus généralement de la propriété et de ses avatars⁴⁴⁶. Dans ce cas, l'opposition entre droits et facultés n'est pas entérinée, si bien que ces dernières apparaissent davantage comme des droits subjectifs d'une nature particulière, des droits imprescriptibles⁴⁴⁷.

La théorie de Lecompte a été vivement critiquée, et n'a finalement pas prospéré⁴⁴⁸. En vérité, elle est à exclure d'emblée au regard de l'état actuel du droit positif puisque le législateur a consacré la « prescriptibilité » de certaines facultés, bien que d'autres y échappent. C'est, par exemple, le cas de la faculté d'option successorale qui « se prescrit par dix ans » aux termes de l'article 780 du Code civil. La jurisprudence a entériné cette solution⁴⁴⁹, malgré quelques hésitations⁴⁵⁰. Néanmoins, la thèse d'une catégorie de droits imprescriptibles eu égard à leur nature suscite l'intérêt. En effet, la prescription extinctive n'est pas un mécanisme qui s'applique indifféremment à tous les droits subjectifs. Consistant en « un mode d'extinction

⁴⁴³ H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, Thèse, Paris, 1930, p. 59.

⁴⁴⁴ H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, *op. cit.*, p. 61. Il est à noter que l'article 2262 C. civ. dans sa rédaction issue de la loi du 17 juin 2008 ne peut en aucun cas être pris comme confirmation de cette thèse puisqu'il ne concerne que la prescription acquisitive en matière de possession.

⁴⁴⁵ Art. 661 C. civ.

⁴⁴⁶ En ce sens, F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. AYNES, Économica, 2007, n° 51 et s., p. 62 et s., spéc. p. 63, note 1 ; H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, *op. cit.*, p. 217 et s.

⁴⁴⁷ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, n° 51, p. 62, note 5 : « En ce sens, le type de droit que Lecompte qualifie de faculté est un droit subjectif au véritable sens du terme, un pouvoir du sujet, un pouvoir d'agir, simple possibilité d'action qui n'a pas besoin de se réaliser pour exister et être reconnue en tant que telle. » On parle également de « droits facultatifs ».

⁴⁴⁸ V. not. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁴⁹ Par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 4 juill. 2012, n° 11-10.594.

⁴⁵⁰ Par ex. Cass. Civ. 28 févr. 1881, qui parle de « l'héritier déchu » ou encore « frappé de déchéance par la prescription ».

d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps »⁴⁵¹, il faut la confronter aux prérogatives contractuelles.

86. **La prescription extinctive.** Simple en apparence, le mécanisme de la prescription est traditionnellement présenté comme voué à « consolider les situations de fait qui ont duré un certain temps en pérennisant le *statu quo* »⁴⁵². Garante de la sécurité juridique et institution du droit civil « la plus nécessaire à l'ordre social » selon Bigot de Preameneu⁴⁵³, la prescription protège le sujet passif d'un droit non exercé pendant un temps prolongé⁴⁵⁴. Il s'agirait alors de consolider une situation de fait en éteignant le droit, trop longtemps délaissé, qui viendrait la contredire⁴⁵⁵. La simplicité de la présentation tranche avec la complexité des théories avancées pour décrire et expliquer l'effet extinctif de la prescription. Les défenseurs des conceptions substantialiste et processualiste se sont opposés⁴⁵⁶. Chacune de ces thèses peut être décrite de façon schématique : la théorie processualiste consiste à penser que la prescription n'éteint pas le droit substantiel mais le droit d'action en justice qui lui est rattaché, tandis que la théorie substantialiste défend l'idée de l'extinction du droit substantiel, indépendamment de toute instance en justice. Les textes légaux ne sont d'aucune aide. À l'appui de la thèse processualiste, les articles 2224 et 2227 du Code civil régissent le droit commun de la prescription des « *actions* personnelles ou mobilières » pour le premier de ces textes, et des « *actions* réelles immobilières » pour le second. En faveur de la thèse substantialiste, l'article 2219 définit la prescription comme le « mode d'extinction d'un *droit* ». Le législateur de 2008 n'a pas souhaité trancher entre ces différentes analyses⁴⁵⁷. Madame Bandrac a par ailleurs démontré que la conception substantialiste, loin d'être unitaire, connaissait des nuances variables chez ses partisans, en particulier chez les auteurs modernes. La thèse substantialiste traditionnelle s'avère aussi être la plus désuète, qui consiste à voir dans la prescription extinctive la pleine destruction du droit substantiel dans toutes ses dimensions⁴⁵⁸. Le caractère

⁴⁵¹ Art. 2219 C. civ.

⁴⁵² J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. 4, *Les obligations, Régime général*, op. cit., n° 162.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ V. égal. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, op. cit., n° 172.

⁴⁵⁵ V. l'analyse de M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1986.

⁴⁵⁶ Sur ce point, V. M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, op. cit., n° 6 et s., p. 22 et s.. L'auteur conclut au rejet de la thèse purement processualiste, considérant que la prescription éteint non seulement l'action mais aussi le droit et l'instance.

⁴⁵⁷ M. BANDRAC, « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *RDC* 2008. 1413 ; S. AMRANI-MEKKI, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP G*. 2008.I.160.

⁴⁵⁸ M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, op. cit., n° 8, p. 22.

automatique, indépendant de toute volonté, de cette conception de la prescription substantialiste a précipité la théorie dans les limbes. Le droit positif a consacré l'efficacité du paiement spontané postérieur à l'acquisition de la prescription⁴⁵⁹ ou encore la renonciation unilatérale à la prescription⁴⁶⁰. Des conceptions substantialistes plus nuancées ont vu le jour. Les plus couramment admises se rapportent à la théorie dualiste de l'obligation ainsi qu'à la notion d'obligation naturelle. Au regard de la théorie dualiste, l'acquisition de la prescription ne porte que sur le rapport de contrainte et laisse intact le rapport de dette⁴⁶¹. La thèse rejoint ainsi la conception processualiste en ce que le rapport de contrainte peut être rapprochée de l'action en justice. Elle s'en distingue en ce que le rapport de contrainte s'analyse comme un élément du droit substantiel et non comme un droit autonome d'agir en justice. Toutefois, en pratique dans les deux cas, le cœur du droit substantiel survit mais il reste impossible de recourir à la force publique pour assurer sa réalisation et, partant, son efficacité. D'autres auteurs ont défendu une vision limitrophe en s'appuyant sur l'obligation naturelle plutôt que sur la théorie dualiste de l'obligation⁴⁶². Si l'on conçoit l'obligation naturelle comme une obligation civile dégénérée, dépossédée du recours en justice, la théorie est similaire à celle qui précède. En revanche, si l'obligation naturelle est perçue comme un simple devoir moral⁴⁶³, le droit substantiel est considéré comme pleinement éteint. Ce tour d'horizon des conceptions de la prescription montre que l'action en justice – quel que soit le nom qu'on lui donne (« rapport de contrainte » par exemple) ou la place qu'on lui accorde par rapport au droit substantiel – est au cœur du mécanisme. Le caractère essentiel de l'action en justice permet d'affirmer le caractère imprescriptible des prérogatives contractuelles.

87. Soustraction des prérogatives contractuelles au mécanisme de la prescription extinctive. L'un des caractères de la prérogative contractuelle eu égard à son objet, la décision, est sa dimension extra-judiciaire⁴⁶⁴. La prérogative contractuelle n'a jamais besoin, pour produire son effet, du recours à la force publique. La modification s'impose au sujet passif qui y est seulement soumis. Elle puise son caractère contraignant dans l'absence d'attente à l'égard de celui qui la subit. Cet aspect a conduit à reconnaître la passivité du sujet passif comme caractéristique de la prérogative contractuelle. Dès lors, l'action en justice n'est

⁴⁵⁹ Art. 2249 C. civ. ; Cass. Req. 17 janv. 1938, *D.* 1940. 57, J. CHEVALIER. Cass. Com. 1^{er} juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 102.

⁴⁶⁰ Art. 2250 C. civ.

⁴⁶¹ M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *op. cit.*, n° 19, p. 36.

⁴⁶² M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *op. cit.*, n° 21 et s., p. 36 et s.

⁴⁶³ En ce sens, l'art. 1100 C. civ. voit comme source d'obligations le « devoir de conscience envers autrui ».

⁴⁶⁴ V. *supra*, n° 49 et s.

ni une composante de la prérogative ni un droit extérieur attaché à la prérogative pour assurer sa réalisation. Concrètement, le *potentior* n'a pas besoin du juge pour assurer l'effectivité de sa décision. L'absence d'attente à l'égard du sujet passif engendre une absence de demande. Ce constat rappelle la thèse de Monsieur Laurent, qui a plaidé pour le caractère unitaire de la prescription, laquelle aurait toujours un caractère acquisitif⁴⁶⁵. Selon cette analyse, la prescription extinctive permet au débiteur l'appropriation du droit-prestation, signifiant que seul un droit-prestation peut faire l'objet du mécanisme de la prescription. En d'autres termes, « la prescription d'un droit-prestation, au-delà de la perte du droit par son non-usage, qui n'en constitue que la partie visible, est la conséquence spécifique de son acquisition »⁴⁶⁶. La prescription serait donc liée à l'attente d'un certain comportement chez autrui. À ce titre, elle est régulièrement qualifiée de « libératoire », en ce qu'elle a pour rôle de protéger le débiteur d'une dette éternelle face à un créancier négligent⁴⁶⁷. Partant, l'imprescriptibilité de la propriété⁴⁶⁸ ne se déduit pas de sa dimension prétendument absolue mais bien de sa nature juridique : celle d'un droit-exclusion. Dans le même sens, l'imprescriptibilité des droits subjectifs attachés à la personne peut être corrélée à l'absence d'attente chez autrui de la part de leurs titulaires⁴⁶⁹. Si l'auteur oriente la définition des droits-prestation et des droits-exclusion relativement au droit des biens⁴⁷⁰, ces notions peuvent constituer une réalité dans laquelle s'insèrent les prérogatives contractuelles. Par analogie, celles-ci doivent être classées parmi les droits-exclusion, en ce qu'elles n'ont pas vocation à réclamer quelque chose d'autrui mais à octroyer à leur titulaire un monopole décisionnel, non sur un bien mais à l'égard d'une situation juridique contractuelle. Dans cette optique, les prérogatives contractuelles sont par essence incompatibles avec le principe de prescription, puisqu'elles n'impliquent aucune prestation de la part d'autrui mais une simple passivité. Seuls sont prescriptibles les droits qui peuvent naître de la modification réalisée par l'exercice de la prérogative. Par exemple, la mise en œuvre d'une clause résolutoire peut donner lieu à des créances de restitution, alors soumises à la prescription extinctive. Les facultés telles que définies par Lecompte et les prérogatives contractuelles partagent ainsi ce caractère commun : l'absence d'attente à l'endroit d'une personne déterminée. L'incompatibilité avec la

⁴⁶⁵ J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. REVET, LGDJ, 2012, spéc. n° 633 et s., p. 484 et s.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ Par ex., G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 1, Sirey, 1961, n° 858, p. 861. ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n° 1472, p. 1508.

⁴⁶⁸ Art. 2227 C. civ.

⁴⁶⁹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 308, p. 468.

⁴⁷⁰ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 78 et s., p. 63 et s.

prescription est donc acquise, cette dernière étant réservée aux droits-prestation ⁴⁷¹. L'inadéquation du mécanisme de la prescription acquisitive aux prérogatives contractuelles n'implique pas, cependant, leur caractère perpétuel⁴⁷².

En conclusion, le droit positif contredit la thèse de Lecompte et nous oblige à la rejeter. Néanmoins, le mécanisme de la prescription est inconciliable avec la notion de prérogative contractuelle. Splendeur et misère d'une théorie fondée sur une fulgurance malgré la méconnaissance de cette notion à l'époque de sa rédaction : il est des droits, parmi lesquels la prérogative contractuelle, dont l'exercice ne peut pas, par nature, être encadré par le jeu de la prescription extinctive. L'appellation qu'on leur donne alors importe peu – « facultés » ou simples « droits subjectifs imprescriptibles » – ; ce discernement reste fondamental au regard du lien de sujétion créé. Si l'exercice de certains droits subjectifs implique pour leurs titulaires l'attente d'un comportement déterminé de la part d'autrui, d'autres au contraire sont à l'origine d'une passivité imposée, et entrent de ce fait en contradiction avec la prescription. C'est le cas du propriétaire, c'est aussi celui du *potentior*. Pour autant, le droit positif ne doit pas être méprisé ; c'est pourquoi il faut rejeter l'hypothèse d'une assimilation entre les prérogatives contractuelles et les facultés définies par Lecompte et s'interroger sur le sens que Roubier leur a donné.

2) Rejet de la qualification de faculté à l'aune de la théorie de Roubier

88. **La définition proposée par Roubier.** Roubier a élaboré une stricte définition des facultés qui repose tout à la fois sur leur fonction et sur leur source. Droits et facultés deviennent des notions exclusives l'une de l'autre en ce que les facultés ne peuvent naître que de la loi et n'ont d'intérêt que dans le cadre de la création d'une situation juridique⁴⁷³. Ces deux dernières propositions se rejoignent. Si la faculté crée une situation juridique, elle ne peut avoir pour source un contrat. En effet, le contrat correspond à une situation juridique déjà établie. La faculté ne peut donc avoir qu'une origine légale – éventuellement jurisprudentielle. Dans cette conception, les choix proposés par les obligations alternative et facultative ne peuvent être comptés parmi les facultés. De même, par exemple, pour les différentes options

⁴⁷¹ *Contra*. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 640 et s., p. 363 et s..

⁴⁷² *V. infra*, n° 335 et s.

⁴⁷³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 167 ; V. aussi P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », *Arch. de Philo. du droit*, t. 5, Sirey, 1960, p. 65. Roubier prend alors l'exemple de l'option successorale pour illustrer la notion de faculté telle qu'il la conçoit.

proposées pour réparer une inexécution⁴⁷⁴, puisqu'il n'est question ni pour les unes ni pour les autres de créer une nouvelle situation juridique. La notion de faculté telle que Roubier la définit exclut l'ensemble des décisions qui ont pour fonction de modifier une situation juridique existante ou d'y mettre un terme. La faculté constitue « une sorte de *possibilité légale d'option en vue de la création d'une situation juridique*. Entre les différents termes de l'option, l'intéressé a la latitude de choisir, et c'est cela qu'exprime le terme de faculté »⁴⁷⁵.

Ces caractéristiques excluent *de facto* la plupart des prérogatives contractuelles : nombreuses sont celles qui ont une origine conventionnelle, nombreuses celles qui ne sont pas vouées à créer une nouvelle situation juridique. Il semblerait alors artificiel de créer une distinction entre les prérogatives contractuelles (et les « facultés potestatives » ?) reposant sur ces simples critères. En outre, Monsieur Najjar met en garde contre les dangers de l'assimilation entre les termes « option » et « faculté » : « il est impossible de soutenir que le droit d'option est une faculté. On peut parler de *faculté d'option*, mais dans ce cas le mot de *faculté* désigne le droit d'option »⁴⁷⁶. La distinction entre les facultés et les droits subjectifs perd ainsi de sa superbe mais, que l'on y adhère ou, au contraire, qu'on la rejette, il n'est pas possible de considérer que les prérogatives contractuelles appartiennent aux facultés de Roubier⁴⁷⁷.

Il ressort de l'étude des différentes analyses proposées que le terme « faculté » ne peut être utilisé et compris, eu égard aux prérogatives contractuelles, que dans sa définition extra-juridique, à savoir comme une possibilité de choisir concédée à des individus. Plus largement, l'exclusion de l'appartenance des prérogatives contractuelles aux catégories alternatives de prérogatives juridiques incite à voir la confirmation de leur consécration comme droits subjectifs.

§2. Qualification positive de droits subjectifs

89. « Il existe sans doute autant de définitions du droit subjectif que d'auteurs pour s'intéresser à la question »⁴⁷⁸ ; c'est pourquoi l'étude de la notion de droit subjectif pourrait à elle seule faire l'objet du travail de toute une vie. On peut toutefois distinguer de grandes

⁴⁷⁴ Art. 1217 C. civ.

⁴⁷⁵ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 163.

⁴⁷⁶ I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Op. cit., n° 76 p. 70.

⁴⁷⁷ En ce sens, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 674, p. 493, note 2248.

⁴⁷⁸ V. « Droit subjectif », D. GUTMAN, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 529 et s., spéc. p. 533.

tendances qui méritent d'être rappelées de manière concise. L'entreprise étant ardue, il ne saurait être question de les citer toutes malgré les apports cruciaux que l'on doit à leurs auteurs en matière de théorie du droit. Ce n'est que sommairement et selon les critères traditionnellement présentés que nous évoquerons certaines d'entre elles (A), avant de constater l'appartenance des prérogatives contractuelles à la catégorie des droits subjectifs (B).

A. La notion de droits subjectifs

90. **Définition du droit subjectif.** « Les juristes ne sont jamais vraiment parvenus à saisir sereinement la nature des droits [subjectifs] »⁴⁷⁹, et leur définition a évolué au cours du temps. Les doctrines classiques⁴⁸⁰ ont d'abord vu dans le droit subjectif « l'attribution d'un pouvoir individuel, à la disposition de la volonté des personnes »⁴⁸¹. L'hégémonie accordée à la volonté humaine a été réfutée⁴⁸². Considérant que l'utilité était la substance véritable du droit subjectif, Ihering a proposé une autre conception. Le droit subjectif est présenté comme un intérêt juridiquement protégé⁴⁸³, c'est-à-dire un avantage matériel ou moral conforme aux valeurs sociales de son temps, dont la protection serait garantie par l'action en justice. Non exempte de critiques⁴⁸⁴, cette conception a été enrichie par l'observation de la légitimation de besoins ainsi que de désirs, permettant à Madame Rochfeld de conclure que « le droit subjectif constitue une reconnaissance, par le droit objectif, de l'intérêt ou du désir d'une personne envers tel ou tel avantage matériel ou moral, cette reconnaissance se manifestant par l'attribution de la ou des prérogatives juridiques permettant de l'assouvir »⁴⁸⁵. Si comme l'intérêt, la consécration d'un désir ou d'un besoin en droit subjectif demeure aléatoire et

⁴⁷⁹ W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ, 4^e éd., 2019, n° 491.

⁴⁸⁰ Cette compréhension de la notion de droit subjectif est le fruit des écrits d'auteurs allemands du XIX^e s., en particulier de Savigny et Windscheid. V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 150.

⁴⁸¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 149.

⁴⁸² J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 150 : « ce n'est pas la manifestation de volonté qui justifie et provoque l'émergence d'un droit subjectif : il ne suffit pas à un individu de vouloir détenir un droit (subjectif), une prérogative, pour que le droit (objectif) le lui accorde. » En outre, cet auteur rappelle que l'ignorance de la titularité d'un droit - et par là même l'absence de volonté - ne prive pas d'existence ledit droit.

⁴⁸³ R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. O. de MEULENAERE, 3^e éd., A. Marescq, Paris, 1886, p. 325-329.

⁴⁸⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 152 : Le principal écueil de cette théorie serait de ne pas expliquer « comment, et à partir de quand, le constat d'un intérêt – que peuvent effectivement manifester les individus (détenir une chose, vouloir bénéficier de tel ou tel avantage ou protection) – conduit le droit à consacrer ce dernier et à le faire bénéficier d'une action ».

⁴⁸⁵ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit., p. 153.

difficile à anticiper, notamment au regard des évolutions sociétales, cette dernière définition paraît être la plus aboutie.

91. **Effectivité du droit subjectif.** En dépit des difficultés rencontrées par la doctrine pour saisir l'essence des droits subjectifs, un auteur a proposé d'ériger l'effectivité en élément *sine qua non* de sa structure. Fort d'une conception purement « structurale », Motulsky affirme que « le concept de droit subjectif ne fait que traduire *la faculté, pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu à la règle de Droit* »⁴⁸⁶. Ainsi, la règle de droit a une « structure logique “stéréotype” [qui] se compose d'une “*présupposition*” suivie d'un “*effet juridique*” ; et comme c'est nécessairement ce dernier qui assure la mise en œuvre de l'impératif, on est amené à conclure qu'avoir un droit subjectif ne signifie rien d'autre que *d'être habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer “l'effet juridique” d'une règle de Droit* »⁴⁸⁷. Le droit subjectif doit donc être un droit doué d'effectivité, sans quoi il perdrait toute existence concrète. Sans minimiser l'apport essentiel de l'étude structurale menée par Motulsky, nous ne souscrivons pas à son rejet d'une conception essentialiste du droit subjectif⁴⁸⁸. L'effectivité paraît, en effet, être l'apanage de toutes les formes de prérogatives juridiques octroyées par le droit positif mais ne permet pas de distinguer les droits subjectifs des pouvoirs et des libertés. À cet égard, des caractéristiques ont pu être développées.

92. **Les critères du droit subjectif.** L'opposition entre les droits subjectifs et les autres prérogatives juridiques – libertés, pouvoirs et facultés – a permis de mettre en exergue les caractéristiques propres au droit subjectif. Au contraire de la liberté, la notion de droit subjectif traduit une relation inégalitaire : « un droit ne saurait appartenir à tous, car le droit subjectif est un signe d'inégalité, et il ne saurait exister au profit de l'un, que s'il a comme contrepartie l'obligation de l'autre »⁴⁸⁹. Le droit subjectif est ainsi « un domaine réservé au titulaire »⁴⁹⁰. Par conséquent, il ne peut être accordé de manière universelle ; son titulaire doit être identifié. Par ailleurs, l'objet du droit subjectif est dit « préconstitué » en raison de la

⁴⁸⁶ H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, Dalloz, 2002, p. 26-30.

⁴⁸⁷ H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, p. 29-30.

⁴⁸⁸ H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, spéc. n° 25, p. 28 : « Notre position est évidente devant la notion du droit subjectif. Peu nous importe « l'essence » de ce dernier ; peu nous importe que l'on voie en lui un « pouvoir de volonté » (Windscheid), qu'on se rallie à la définition célèbre d'Ihéring d'après laquelle « les droits sont des intérêts juridiquement protégés » ou que l'on adopte la formule conciliatrice de Jellinek qui veut que le droit subjectif soit « le bien ou l'intérêt protégé par la reconnaissance d'un pouvoir de volonté humaine » (...) : nous serions tentés de dire, avec M. Duguit, qu'il s'agit là de discussions « métaphysiques », attachantes certes mais étrangères à la technique de la réalisation du Droit ».

⁴⁸⁹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955, n° 116 p. 292.

⁴⁹⁰ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, *op. cit.*, §189.

précision de son contenu⁴⁹¹. Consécutivement, les modes de réalisation des droits subjectifs sont divers. La garantie de leur effectivité par le droit objectif peut prendre une dimension offensive par laquelle le titulaire exige d'autrui un comportement positif, sans toutefois exclure des mesures défensives⁴⁹². En outre, à la différence du pouvoir, « le droit subjectif est autonomie »⁴⁹³. Cette assertion implique l'assimilation des qualités d'auteur et de partie à l'acte. En d'autres termes, l'exercice du droit subjectif emporte nécessairement des effets sur la sphère juridique de son titulaire. Ce qui est « subjectif » est ce qui se rapporte au sujet. Enfin, la notion de droit subjectif n'est limitée ni par ses effets au contraire des facultés de Roubier, ni par son objet au contraire de celles de Lecompte.

Le droit subjectif, par l'identification de son titulaire et ses qualités confondues d'auteur et de partie, la détermination de son objet, ainsi que ses modes de réalisation qui allient mesures offensives et défensives, constitue une catégorie de prérogatives juridiques à part entière. L'établissement de ces caractéristiques permet d'affirmer l'intégration des prérogatives contractuelles dans cette catégorie de prérogatives juridiques.

B. L'assimilation de la prérogative contractuelle à un droit subjectif

93. L'affiliation des prérogatives contractuelles aux droits subjectifs s'impose (1). Celles-ci ne correspondent toutefois pas aux catégories principales de droits subjectifs que sont les droits personnels et les droits réels (2).

1) La qualification de la prérogative contractuelle en droit subjectif

94. **Admission de la qualification en droit subjectif.** La qualification juridique de la prérogative contractuelle en droit subjectif s'impose à la fois négativement, par l'inadéquation des qualifications de liberté, de pouvoir, et de faculté, et positivement. Il ne fait

⁴⁹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Introduction, t. 1, *op. cit. et loc. cit.*, n°162, p. 313.

⁴⁹² V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op.cit.*, p. 167.

⁴⁹³ E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, *op. cit. et loc. cit.*, n°216, p. 139 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit. et loc. cit.*, n° 23, p. 190 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, *Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, *op. cit. et loc. cit.*, n° 61, p. 68 ; J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, *Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, *op. cit. et loc. cit.*, n° 113 et s.

⁴⁹⁴ J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, *Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, *op. cit.*, n° 117.

pas de doute qu'elle corresponde en premier lieu à un avantage pour son titulaire que le droit objectif a légitimé et justifié en lui conférant des effets juridiques. En outre, les critères établis pour identifier les droits subjectifs peuvent être appliqués aux prérogatives contractuelles. D'abord, son titulaire est nécessairement identifié ; la puissance accordée au *potentior* n'équivaut pas à une simple sphère de liberté au sein de laquelle l'homme décide pour lui-même. La prérogative contractuelle n'appartient pas à tous. Elle est octroyée par la loi ou le contrat dans des hypothèses déterminées, à défaut de quoi personne ne serait contraint de respecter la décision souveraine d'autrui puisque chacun pourrait être l'auteur de décisions qui s'appliqueraient à sa situation. Ensuite, l'effet de la prérogative contractuelle, soit la modification, se produit sur la situation contractuelle à laquelle est partie son titulaire. Aucune dissociation ne s'observe entre l'auteur de l'exercice de la prérogative et la partie qui subit son effet : si la sphère juridique du sujet passif réceptionne les conséquences de sa mise en œuvre, ce n'est que par effet secondaire. Au surplus, la prérogative contractuelle ne peut avoir qu'un contenu déterminé qui se concrétise dans une alternative, sans quoi l'incertitude créée serait inacceptable⁴⁹⁴.

En ce qui concerne la protection de la prérogative contractuelle, une particularité émerge. L'essence même de la décision réside dans le fait qu'elle s'impose⁴⁹⁵. En ce sens, la décision ne nécessite pas de règles coercitives destinées à la faire respecter. Nul besoin de réparer les entraves infligées à la prérogative – elles n'existent pas. Nul besoin, non plus, de mesures offensives destinées à obtenir du sujet passif un comportement positif : celui-ci n'a d'autre choix que de subir. La constatation de la modification de la règle contractuelle par le juge en cas de « rébellion » correspond à un mode de réalisation qui peut être qualifié de « mode de réalisation neutre », ni offensif, ni défensif. Cette spécificité n'empêche toutefois pas la qualification de la prérogative contractuelle en droit subjectif. En effet, les modes de réalisation du droit sont considérés comme divers, par opposition à celui de la liberté qui est purement défensif. L'absence de mention d'un mode de réalisation neutre pour la protection de certains droits subjectifs dans les critères qui leur sont traditionnellement associés semble simplement résulter de ce que leurs principales catégories (droits personnels et droits réels) n'y correspondent pas. Cette observation incite à s'interroger sur la place de la prérogative contractuelle au sein des droits subjectifs. À cet égard, il faut exclure son appartenance aux

⁴⁹⁴ V. *supra*, n° 47 et s.

⁴⁹⁵ V. *supra*, n° 50 et s.

sous-catégories de droits personnels et de droits réels, les mécanismes en jeu étant résolument distincts.

2) L'inadéquation de la prérogative contractuelle aux principales catégories de droits subjectifs

95. Les prérogatives contractuelles sont des droits subjectifs. Toutefois, l'identification d'un sujet passif et du lien de sujétion qui opère entre les parties à la situation contractuelle modifiée complique la détermination de la catégorie de droits subjectifs à laquelle les prérogatives appartiennent. C'est, en effet, par le biais de diverses classifications que la notion de droit subjectif a été approfondie. Les deux principaux critères utilisés pour ce faire ont été la patrimonialité d'une part, et l'objet des droits d'autre part. Un auteur a proposé une typologie alternative fondée sur le critère de la réalisation, qui ne s'est toutefois pas imposée en droit français⁴⁹⁶.

a) La classification des droits subjectifs fondée sur le critère de la patrimonialité

96. **Le critère de patrimonialité.** La première *suma divisio* des droits subjectifs classiquement enseignée distingue les droits patrimoniaux des droits extrapatrimoniaux. Ainsi, selon que le droit entre ou non dans l'actif patrimonial de la personne, il appartiendra à l'une ou l'autre de ces catégories. C'est donc le critère de l'évaluation en argent⁴⁹⁷ qui est ici prééminent. « Qui dit patrimonial dit pécuniaire, c'est-à-dire monétaire »⁴⁹⁸. En d'autres termes la possibilité d'accorder une valeur économique à un droit lui confère une place au sein des droits patrimoniaux. Des auteurs ont toutefois réfuté la synonymie entre patrimonialité et

⁴⁹⁶ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *op. cit.* : La principale *suma divisio* usait du critère d'observation d'un sujet passif déterminé, permettant de qualifier les droits de « droits à réalisation immédiate » en cas d'absence et de « droits à réalisation médiate » en cas d'existence dudit sujet. Cette distinction opérée, c'est au sein des droits à réalisation médiate qu'il instaure une sous-classification en fonction de « la manière dont le sujet passif est soumis » (n° 43). Il observe, à ce titre, trois types de liens : un lien d'assujettissement patrimonial caractérisant le droit de créance, un lien de sujétion caractérisant le droit potestatif et un lien de charge caractérisant le droit injonctif. Le droit injonctif se distingue toutefois du droit potestatif « en ce qu'il implique du côté passif la charge d'accomplir un certain acte ou de fournir une certaine prestation alors que le droit potestatif n'oblige le sujet passif à assumer aucune tâche » (n° 51-52). La reconnaissance du lien de sujétion incite à y inclure les prérogatives contractuelles. Cette classification n'est toutefois pas exempte de critiques, qui seront étudiés dans la section 2 du présent chapitre.

⁴⁹⁷ V. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 205 p. 161.

⁴⁹⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Introduction, *op. cit.* n° 166, p. 321.

pécuniarité pour préférer y associer la cessibilité⁴⁹⁹ ou encore l'échange⁵⁰⁰. À l'inverse, les droits extrapatrimoniaux se caractérisent traditionnellement par leur incessibilité, leur intransmissibilité à cause de mort, leur insaisissabilité ainsi que leur imprescriptibilité. « Dans les droits dont le même sujet est titulaire, les uns sont détachables de sa personne parce qu'ils ont des avantages d'ordre exclusivement économique, les autres sont intimement liés à son être et échappent à toute possibilité de commercialisation »⁵⁰¹. Néanmoins, la simplicité de cet ordonnancement n'est qu'apparente, et de nombreuses considérations ont conduit les auteurs à remettre en cause la pertinence du critère de la patrimonialité⁵⁰². L'analyse des prérogatives contractuelles aboutit à l'impossibilité d'ériger la patrimonialité ou l'extrapatrimonialité en critère distinctif afin d'isoler cette catégorie au sein des droits subjectifs et permet d'affirmer leur autonomie.

97. La valeur pécuniaire des prérogatives contractuelles. Il n'est pas toujours possible de déterminer la pécuniarité d'une prérogative contractuelle. Au contraire du droit de créance dont le caractère économique est intrinsèque à la prestation, le droit de décider d'une modification dans le contrat présente des écueils. Les prérogatives contenues dans les contrats footballistiques ont illustré l'onérosité dont peut se revêtir la prérogative sans lui ôter cependant sa qualification juridique : une décision juridique conserve toute sa puissance, peu important que son titulaire ait à payer pour l'exercer⁵⁰³. Dès lors, le prix de l'exercice confère à la prérogative la valeur économique que les parties lui ont reconnue et, du même coup, sa patrimonialité. Tel est par exemple le cas du droit de retrait de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique qui lui octroie une faculté de réméré contre indemnisation⁵⁰⁴, et plus généralement

⁴⁹⁹ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 164, p. 130.

⁵⁰⁰ A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994. 801.

⁵⁰¹ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, op. cit., n° 206 p. 163.

⁵⁰² Monsieur Catala a dénoncé la porosité de la frontière entre le patrimonial et l'extrapatrimonial. Il pointe, d'une part, des droits à valeur pécuniaire pourtant incessibles, à l'exemple du droit aux aliments ou encore de la lésion portée à un droit extrapatrimonial comme le préjudice moral ou le préjudice corporel. Il remarque, d'autre part, des droits patrimoniaux mais pour lesquels la considération de la personne, l'*intuitu personae*, est prégnant, en démontre la cession de droits de propriétés intellectuelles, notamment en matière littéraire et artistique, ou encore dans le domaine de la cession commerciale. V. P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966. 185, spéc. n° 26-27 p. 208-209. Adde M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, Sirey, 3^e éd., 2013, n° 52 et s. ;

⁵⁰³ V. *supra*, n° 46.

⁵⁰⁴ Art. L.121-4 CPI. : « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées ».

d'une faculté de dédit de droit commun stipulée contre un prix. Le droit d'option dispose également d'un prix lorsque les parties à un contrat de promesse stipulent une indemnité d'immobilisation⁵⁰⁵. À cet égard, la pécuniarité de la prérogative suppose sa patrimonialité. Il est moins aisé, en revanche, de déterminer l'appartenance de la prérogative à la catégorie des droits patrimoniaux lorsque son exercice est à titre gratuit. Comment évaluer la valeur de la faculté de renonciation à une condition non encore défaillie ou la faculté de résiliation unilatérale dont dispose l'article 1211 du Code civil ? Il en va de même pour la clause d'arbitrage dans un contrat d'assurance-vie multi-supports, la prérogative de prorogation du terme, ou encore la clause de fixation unilatérale du prix. Ce serait confondre l'effet et la valeur que d'associer la pécuniarité de la clause de fixation du prix au prix effectivement fixé, ou à la plus-value réalisée par l'arbitrage des supports, voire par la prorogation du contrat. Ainsi, l'exercice gratuit de la prérogative empêche d'user du seul critère de la pécuniarité pour attribuer à celle-ci une place parmi les droits patrimoniaux. C'est alors vers le critère de la cessibilité qu'il faut se tourner.

98. La cessibilité des prérogatives contractuelles. Le seul critère de la pécuniarité étant insuffisant pour déclarer la patrimonialité des prérogatives contractuelles, celui de la cessibilité mérite d'être exploité. Pourtant, la diversité des sources des prérogatives empêche de consacrer le caractère disponible et cessible de celles qui sont d'origine légale. Pour leur part, les prérogatives contractuelles d'origine conventionnelle sont *a priori* cessibles, soit à titre principal – c'est le cas pour le droit d'option d'une promesse unilatérale – soit à titre accessoire avec l'obligation ou le contrat cédé⁵⁰⁶. Il en va ainsi de la faculté de choix contenue dans l'obligation alternative et transmise avec elle, ou encore de la clause de modification unilatérale de la durée du contrat qui sera cédée avec la situation contractuelle. En revanche, l'octroi d'un tel droit par le législateur renvoie à l'intérêt sous-tendu par la situation de son titulaire. En ce sens, la cession de contrat ne provoque pas la cession de la

⁵⁰⁵ V. toutefois P. SIMLER, « Les stock-options saisies par le droit patrimonial de la famille », *Defrénois* 15 avr. 2017, n° 126a5, qui distingue entre le droit d'option contenu dans une promesse de vente de droit commun et celui inséré dans une *stock-options* : « Il y a, en effet, une différence majeure entre les deux droits d'option évoqués. Le droit d'option résultant d'une promesse unilatérale ne procure au bénéficiaire aucun avantage patrimonial immédiat (et lui coûte, au contraire, souvent une indemnité d'immobilisation). Même si la promesse n'est pas par nature incessible, elle ne correspond à aucune valeur chiffrable. Elle ne constitue en aucune manière la contrepartie d'une prestation. Dans le cas d'option d'achat d'actions, conçue comme un complément de rémunération destiné à récompenser, mais aussi à fidéliser et à motiver les attributaires, le droit d'option est la contrepartie des tâches accomplies et à accomplir par le bénéficiaire. Il inclut d'emblée une valeur, dans la mesure où le prix d'acquisition fixé est très généralement inférieur à la valeur des titres au jour de l'attribution ».

⁵⁰⁶ En ce sens, L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, spéc. n° 82, p. 69.

prérogative contractuelle d'origine légale : c'est précisément parce qu'elle s'analyse en une cession de position contractuelle que le cessionnaire, s'il est placé dans la situation que la loi protège, peut en bénéficier en raison de la loi. Ainsi, l'affirmation du caractère personnel des droits de préemption s'oppose à leur patrimonialité⁵⁰⁷. Il en va de même pour les facultés de rétractation accordée à la partie faible d'une situation d'adhésion⁵⁰⁸. Dans ces hypothèses, la titularité de la prérogative est conférée par le législateur au regard de la position contractuelle d'une partie, de sorte que cette dernière ne peut pas en disposer. De même, la prérogative de résiliation unilatérale dont dispose l'article 1211 n'existe qu'en raison du caractère indéterminé de la durée du contrat. Les parties ne peuvent pas en disposer comme elles l'entendent, si bien que *Primus* ne peut pas la céder à *Secundus* si le contrat est pourvu d'un terme. Le critère de la cessibilité doit alors être rejeté, puisqu'il ne permet pas d'ériger la patrimonialité comme caractéristique commune à toutes les prérogatives contractuelles.

En définitive, la classification des droits subjectifs fondée sur le critère de la patrimonialité n'a pas vocation à s'appliquer aux prérogatives contractuelles au regard de leur diversité. C'est donc vers l'autre classification historique des droits subjectifs qu'il convient de se tourner afin d'appréhender la place qu'il faut leur accorder.

b) La classification des droits subjectifs fondée sur le critère de l'objet

99. **Le critère de l'objet.** La notion d'objet de droit est couramment appliquée en droit privé. Davantage utilisée relativement au contrat et à l'obligation plutôt qu'au droit subjectif, force est de constater que ce n'est bien souvent qu'à l'occasion des opérations de classification des droits subjectifs que la notion d'objet apparaît, employée comme critère afin de les ordonner. À cet effet, Dabin met en garde ses lecteurs contre la confusion qui pourrait être faite entre contenu d'un droit et objet d'un droit. Ce dernier est, selon l'auteur, « ce sur quoi porte le droit », lequel est délimité « dans son mode et dans son étendue » par son contenu⁵⁰⁹. Des auteurs ont, dans le même sens, défini l'objet du droit comme « ce à quoi

⁵⁰⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., not. n° 317, p. 294 et n° 486, p. 444.

⁵⁰⁸ V. *infra*, n° 271 et s.

⁵⁰⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2008, préf. C. ATIAS, p. 168 ; V. également J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. I, op. cit., p. 166-167.

s'applique la prérogative »⁵¹⁰, toujours dans le but de proposer une classification des droits distinguant les droits réels et les droits personnels.

Le schéma de la classification des droits subjectifs est précis, ancien, solide⁵¹¹. Bien que sujette à de nombreuses controverses⁵¹², cette classification perdure et s'impose comme l'une des distinctions les plus classiques du droit privé. Le critère de l'objet permet de dissocier parmi les droits subjectifs, les droits réels et les droits personnels, « selon que la personne a un droit sur une chose ou à l'égard d'une autre personne, selon que dans le *rapport de droit*, elle se trouve placée en face d'une chose ou d'une autre personne »⁵¹³. À ce critère s'ajoute celui de la portée du droit qui a, dans le premier cas, une opposabilité *erga omnes*, tandis qu'il ne peut, dans le second, être invoqué qu'à l'égard d'un débiteur⁵¹⁴. Certes, de nouvelles catégories de droits subjectifs, tels que les droits de la personnalité et les droits dits « intellectuels », ont vu le jour, sans toutefois bénéficier du considérable essor de leurs prédécesseurs. Cette stagnation au stade de la gestation s'explique surtout, semble-t-il, par le champ restreint de leurs domaines d'application respectifs. Les droits de la personnalité présentent la particularité de voir leur objet se confondre avec leur sujet⁵¹⁵ ; tandis que les droits intellectuels, dont l'existence même porte à débat, renvoient au produit de l'activité intellectuelle du sujet et s'apparentent à la création artistique ou industrielle qui ne doit jamais être confondue avec son support matériel⁵¹⁶.

Les droits réels et personnels disposent, par opposition, d'un objet bien plus large, qu'il s'agisse des choses ou des personnes (à l'exclusion de la personne du sujet). La constatation d'un tel spectre permet de s'interroger sur la légitimité des catégories annexes ; et il ne fait aucun doute que l'analogie est permise entre les « propriétés incorporelles » et les droits réels

⁵¹⁰ P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *Droit civil*, t. 1, 39^e éd., 2019, n° 61.

⁵¹¹ Le droit romain est à l'origine de cette distinction que les glossateurs de l'ancien droit ont par la suite développée. V. en ce sens J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2010, p. 288, n° 209 et s. ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op.cit.*, p. 48 et s.

⁵¹² Sur la remise en cause de cette classification fondée sur l'objet, V. not. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 405 et s., qui plaide pour la vision de Planiol concernant le droit réel. Pour un résumé exhaustif des principales critiques adressées à cette classification, V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.*, p. 162 et s. ; V. aussi H. L. J. MAZEAUD et M. de JUGLART, *Leçons de droit civil*, t. I, 4^e éd., n° 168, p. 202 ; J. GHESTIN et J. GOUBEUX, *Traité de droit civil*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 53, p. 48

⁵¹³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Introduction, *op. cit.*, p. 317.

⁵¹⁴ V. par ex. sur ce point G. CORNU, *Droit civil*, Introduction – Les personnes - Les biens, Domat, Montchrestien, 12^e éd., 2005, n° 992, p. 425.

⁵¹⁵ P. KAYSER, « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971. 445 ; V. également, P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, th. Dijon, dir. G. COUTURIER, 1978 ; E.-H. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *RTD civ.* 1909. 514 (qui entend consacrer la catégorie).

⁵¹⁶ P. ROUBIER, « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935. 251.

d'une part, entre les droits de la personnalité et les droits personnels d'autre part. Toutefois, « analogie n'est pas identité »⁵¹⁷, et l'on voit aisément la difficulté d'appliquer sur un objet incorporel le régime des droits réels ; tandis que l'on conçoit difficilement un droit de créance sur sa propre personne. En effet, les droits personnels sont des droits patrimoniaux et non des droits des personnes. Droit personnel et droit de créance sont ainsi régulièrement pris pour équivalents. La synonymie est révélatrice, en ce qu'elle implique que le rapport juridique entre les personnes ne peut résider qu'au sein d'un lien obligationnel. Tristement banal, le constat d'un droit détenu contre autrui conduit toujours à identifier un débiteur et un créancier. Au vu de leurs caractéristiques, il faut admettre l'impossible qualification de la prérogative contractuelle en droit intellectuel ainsi qu'en droit de la personnalité. Il est, en revanche, nécessaire de s'interroger sur un rapprochement des prérogatives contractuelles avec les catégories principales que sont les droits de créance et les droits réels.

100. Distinction des prérogatives contractuelles avec les droits de créance.

Le lien de sujétion a pu être décrit comme « une obligation de laisser faire », insufflant un doute à propos du rôle du sujet passif dans le rapport juridique⁵¹⁸. En outre, la notion de prestation, intrinsèque au lien obligationnel, a parfois fait l'objet d'une large définition, laissant supposer qu'elle pouvait dompter l'ensemble des situations qui font intervenir plusieurs sujets dans l'exercice d'un droit⁵¹⁹. En particulier, l'obligation de ne pas faire paraît entretenir des liens étroits avec la prérogative contractuelle en raison du comportement abstentionniste requis chez le débiteur. Il n'en est rien cependant.

La prestation qui résulte de l'obligation de ne pas faire se traduit par un fait positif d'abstention. Par opposition, le choix qui résulte de l'exercice de la prérogative contractuelle engendre chez le cocontractant une passivité que certains ont nommée sujétion. C'est dire que cette passivité est forcée et, en réalité, inhérente à la décision qui en est l'essence. Alors que l'obligation de ne pas faire peut être inexécutée, la prérogative est pour sa part inviolable puisque la décision n'implique aucune attente chez autrui. Si un auteur a pu voir l'existence d'un impératif, chez le sujet passif, de « ne pas entraver l'exercice du droit du titulaire et (...) ne pas gêner l'empiètement de ce dernier sur sa sphère juridique »⁵²⁰, la notion de décision

⁵¹⁷ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 215, p. 171.

⁵¹⁸ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *op. cit.*, n° 48, p. 736.

⁵¹⁹ En ce sens, V. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, spéc. n° 307, p. 212 : l'auteur définit la prestation comme « un comportement humain ».

⁵²⁰ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *op. cit. et loc. cit.*, n° 50, p. 738.

exclut *de facto* une telle possibilité. Il n'existe pas d'impératif chez le sujet passif parce que celui-ci est impuissant à résister. La prérogative contractuelle n'ouvre pas de droit à la prestation d'autrui et s'oppose, en ce sens, à la substance contractuelle que constituent les échanges. Par exemple, le sujet passif d'un *potentior* qui décide valablement de la prorogation du contrat ne peut rien sinon s'y résoudre. La refuser reviendrait, en fait, à inexécuter les obligations qui en découlent, la reconduction du contrat étant, elle, sans appel. De même, le débiteur qui choisit l'objet de l'obligation alternative à sa charge impose sa décision sans que son créancier puisse lutter contre⁵²¹. À l'inverse, une obligation de non-concurrence, qui s'analyse en une obligation de ne pas faire, peut être inexécutée en faisant concurrence. C'est la différence entre une attitude de passivité forcée, qui n'est pas un choix, et une abstention active, propre à l'obligation de ne pas faire et qui peut être violée. Les concepts en jeu entendent consacrer cet état de fait en réglant l'inexécution de l'obligation de ne pas faire par une exécution forcée en nature ou par équivalent⁵²². Au contraire, aucune sanction n'est prévue en cas de violation de la prérogative contractuelle parce que celle-ci n'est pas nécessaire. Ainsi, l'inaction qui caractérise le débiteur d'une obligation de ne pas faire et celle qui s'impose au sujet passif d'une prérogative contractuelle ne doivent pas être confondues ; le fait positif d'abstention ne s'analyse pas en sujétion passive. En outre, l'exercice de la prérogative contractuelle n'a jamais vocation à engager unilatéralement autrui, cette construction juridique étant prohibée en droit français⁵²³. Exiger d'autrui une abstention et décider pour ou malgré autrui sont donc deux mécanismes irréductibles l'un à l'autre, quel que soit le comportement (forcé ou requis) du sujet passif du droit. Si la prérogative contractuelle est donc par nature incompatible avec le droit de créance, elle ne peut pas davantage être qualifiée de droit réel.

101. Distinction des prérogatives contractuelles avec les droits réels. « La définition du droit réel est une des questions les plus difficiles et les plus controversées du droit civil »⁵²⁴. Dans les développements qui précèdent, la théorie classique a été utilisée, conférant à la notion la définition générique de « pouvoir direct sur une chose »⁵²⁵. Cette

⁵²¹ En ce sens, art. 1307-1, al. 3 C. civ. : « Le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif ».

⁵²² Le créancier peut à ce titre demander la destruction de ce qui a été fait en violation de l'exécution de ne pas faire (art. 1222 C. civ.) ou réclamer des dommages et intérêts (art. 1231-1 C. civ.).

⁵²³ Principe posé par l'anc. art. 1122 C. Civ.

⁵²⁴ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 291.

⁵²⁵ En ce sens, C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 10^e éd., Litec, 2009, n° 41. V. égal. J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil, Les biens*, 3^e éd., LGDJ, 2019, n° 46 et s. ; P. MALAURIE et L.

conception permet d'englober le droit de propriété, isolé dans la théorie moderne, comme une prérogative juridique autonome, « rapport grâce auquel les choses deviennent des biens »⁵²⁶. Or, si la prérogative contractuelle partage le caractère exclusif du droit de propriété, le rejet de la qualification de la situation contractuelle comme un bien conduit à refuser l'assimilation des prérogatives à cette catégorie de droits subjectifs.

102. Prérogative contractuelle et droit de propriété. L'une des caractéristiques de la propriété renvoie au rapport privatif dont dispose le titulaire sur son bien. Cette puissance d'exclure signifie que la chose échappe au pouvoir de toute autre personne⁵²⁷. Dans ce sens, le rapprochement avec la prérogative contractuelle se comprend aisément. Celle-ci se conçoit, en effet, comme la privation de la puissance du sujet passif – puissance normalement dévolue à tout contractant en raison du principe de consensus – à la faveur exclusive du *potentior*. La décision juridique unilatérale, lorsqu'elle s'applique à une situation contractuelle, se comprend comme une dépossession partielle du pouvoir de volonté pour celui qui la subit. Néanmoins, contrairement au propriétaire, le *potentior* ne dispose pas d'une puissance absolue sur le contrat. L'analogie avec la propriété trouve ici sa limite. Dès lors que la décision se concrétise en une alternative encadrée, ce qui est toujours le cas, la puissance dont elle procède n'est que relative. Le droit qui la fonde doit ainsi être distingué du droit de propriété.

103. Conception personnaliste du contrat. Qualifier la prérogative contractuelle de droit réel supposerait de qualifier la situation contractuelle, ou *a minima* le contrat, de bien. Il n'en est rien. Classiquement, une chose est un bien si elle a une valeur et si elle est

AYNES, *Les biens*, LGDJ, 6^e éd., 2015, n° 349 ; F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 47. Il est à noter que le terme de « pouvoir » fait ici référence à sa définition étymologique de « puissance ».

⁵²⁶ V. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 164. Sur cette conception, V. not. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris LGDJ 1960 ; F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981 ; « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993. 305. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.* Dans cette conception de la propriété, les droits réels s'entendent strictement des droits sur la chose d'autrui, et l'ensemble des droits subjectifs est réifié, comme objets d'un rapport de propriété avec le titulaire. À suivre cette analyse, la titularité de la prérogative contractuelle se comprend comme la propriété du *potentior* sur sa prérogative. En ce sens, J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, n° 139 et s., p. 113 et s. Pour une théorie dissidente mais qui conçoit la propriété comme un lien entre le sujet et la chose, V. W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 488 et s., spéc. n° 491 : « Le droit n'est ni dans la personne de son titulaire ni dans son objet pour cette raison qu'il est un entre-deux [...] Le concept de propriété des droits n'apporte rien ». V. aussi « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012. 419.

⁵²⁷ Sur ce point, V. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 192, et s.

appropriable⁵²⁸. L'appropriation est elle-même justifiée par l'utilité de la chose⁵²⁹. Le contrat ne pourrait donc être un bien que dans la mesure de son appropriation, ce qui justifierait du même coup sa valeur. À l'instar de la notion de situation contractuelle, il a été qualifié de lien juridique. En ce sens, la cession de contrat est mal nommée puisqu'il s'agit en réalité « de la succession d'un tiers à une partie dans le lien contractuel »⁵³⁰. Le débat relatif à la réification du contrat se déplace donc sur celui de la position dans le lien contractuel⁵³¹. Il faut alors en déduire que le contrat, et par extension la situation contractuelle, est une « organisation volontaire des relations entre les personnes, et jamais une chose »⁵³². Au-delà de l'aspect technique propre à la cession de position contractuelle, l'hétérogénéité des composantes du contrat a entériné la conception personnaliste. Le contrat se présente comme une situation relationnelle. Devoirs, obligations, droits potestatifs et autres règles se bousculent pour constituer un ensemble destiné à déterminer des rapports entre des personnes déterminées. De ce fait, la prérogative contractuelle ne peut être qualifiée de droit réel : le droit de décider a pour réceptacle une situation contractuelle, qui n'est pas un bien.

104. Conclusion de la section. La prérogative contractuelle a été confrontée aux différentes prérogatives juridiques octroyées par le droit objectif. La détermination de son contenu et de son titulaire, ainsi que la création d'un lien de sujétion suffisent à écarter la qualification de liberté. Ces considérations ont permis d'exclure de la catégorie des prérogatives contractuelles l'offre de contracter ou encore le refus de renouveler un contrat, expressions de la liberté contractuelle. La qualification de pouvoir a également été rejetée. Bien que la prérogative contractuelle s'apparente à une manifestation radicale de la *potestas* juridique, elle n'est pas octroyée pour empiéter sur la sphère juridique d'autrui. Elle permet au *potentior* de conserver la maîtrise de sa propre situation. De la sorte, il n'existe pas de dissociation entre la qualité de titulaire et de partie à l'acte. La qualification de faculté s'est, elle aussi, révélée inadaptée. Si la prérogative contractuelle est imperméable à la technique de la prescription extinctive en raison de l'absence de lien d'obligation en son sein, la notion de faculté telle que décrite par Lecompte ne correspond pas au droit positif. Quant à la définition

⁵²⁸ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, *op. cit.*, n° 9, p. 21.

⁵²⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 2, p. 18.

⁵³⁰ L. AYNES, « La cession de contrat », *op. cit.*, ; L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*

⁵³¹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 8h, p. 37 : Qualifier la position contractuelle de bien implique que son transfert puisse se faire du cédant au cessionnaire sans l'accord du cédé, c'est-à-dire lorsque la loi écarte le consentement de ce dernier et dans les hypothèses de clauses autorisant la cession dès la conclusion du contrat.

⁵³² L. AYNES, « La cession de contrat », *op. cit.*

des facultés élaborée par Roubier, elle est trop restrictive au regard de la diversité des effets de la prérogative. Par opposition, la qualification de droit subjectif s'est avérée appropriée : identification d'un titulaire, détermination de son contenu par le biais d'un encadrement de l'alternative proposée et défense d'un intérêt individuel rendent compte de cette appartenance. Pour autant, la prérogative contractuelle ne correspond pas aux principales catégories de droits subjectifs connues. Elle n'est ni un droit de créance, ni un droit réel, ni un droit intellectuel, ni un droit de la personnalité. Il faut dès lors envisager la qualification de droit potestatif.

Section 2. Appartenance de la prérogative contractuelle aux droits potestatifs

105. Le droit potestatif fait, en apparence, l'objet d'une analyse unanime au sein de la doctrine française. Ces droits sont considérés comme des « pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur des situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »⁵³³. Cette définition trouve ses origines dans les droits allemand, suisse et italien, qui renseignent sur la compréhension que l'on a de cette catégorie de droits (§1). La conception du droit potestatif comporte néanmoins un écueil principal au regard de la détermination de son objet, donnant le sentiment d'une catégorie brumeuse aux contours incertains. Une analyse plus approfondie permet de voir dans la notion de décision la substance du droit potestatif, ce qui le distingue des autres droits subjectifs connus et lui octroie une place indépendante au sein du schéma traditionnel de répartition entre droits personnels et droits réels. L'appartenance de la prérogative contractuelle à la catégorie des droits potestatifs peut alors être affirmée (§2).

§1. Les droits potestatifs dans la doctrine classique

106. Les droits potestatifs ne sont pas nés de la plume des auteurs français. Originellement issus du droit allemand et développés par la doctrine suisse qui les nomme « droits formateurs »⁵³⁴, ils ont fait l'objet dès la fin du XIX^{ème} siècle de débats animés par le biais d'une littérature fournie, partant de l'observation de l'existence de « droits sur des droits »⁵³⁵. Simultanément, en Italie, apparaissent les *diritti potestativi*. Les écrits de l'époque tendent à démontrer la spécificité de cette catégorie, autour de laquelle s'est forgée une solide doctrine.

⁵³³ I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, *op. cit.*, n° 99, p. 102 ; I. NAJJAR, « La potestativité », *op. cit.*, p. 603.

⁵³⁴ Bénéficiant de définitions similaires, les notions de droits formateurs et de droits potestatifs doivent être prises pour synonymes. L'appellation « droits formateurs » provient d'une traduction littérale de l'allemand au français par des auteurs suisses, et a été critiquée par la suite (V. *infra*, n° 109). La préférence française pour la dénomination de « droits potestatifs » s'explique probablement par la plus grande influence qu'a eue la doctrine italienne auprès des auteurs français à l'origine de leur introduction dans notre système, par opposition aux droits potestatifs suisses et allemands. Cette appellation semble en outre plus adaptée « car elle évoque l'idée d'un droit puissant, souverain, imposant à ceux qui le subissent une situation de sujétion. À l'inverse, celle de "droit formateur" est plus ambiguë, rappelant des notions peu sûres telles que celles de droit en formation, de droit éventuel », C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, *op. cit.*, n° 507, p. 462.

⁵³⁵ A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878, d'après L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, thèse, Genève, 1947, p. 21.

La notion est connue en France mais n'a jamais bénéficié d'une consécration nette en droit positif⁵³⁶. L'analyse des doctrines allemande, suisse et italienne illustre la traduction presque littérale qui a été faite par les auteurs français, généralement au détour de l'étude d'une catégorie de droits particulière⁵³⁷, et explique l'accueil timide réservé à cette notion aujourd'hui encore dans notre système.

L'étude de la notion de droit potestatif dans les systèmes juridiques qui l'ont vue naître paraît donc particulièrement instructive (A) pour comprendre l'analyse qui a été retenue en droit français (B).

A. Les origines des droits potestatifs

107. La doctrine française des droits potestatifs conjugue les travaux des auteurs allemands, suisses et italiens. C'est aux auteurs allemands de la fin du XIX^e siècle que l'on doit l'observation d'un nouveau type de droits, que l'on nommera plus tard « droits potestatifs » ou « droits formateurs ». Cette catégorie de droits s'est construite et imposée de façon très progressive, l'essentiel des écrits consistant pendant quelques décennies à vérifier l'existence et l'utilité de cette notion⁵³⁸. Finalement admise de manière unanime⁵³⁹, la catégorie des droits potestatifs a ensuite été développée pour faire l'objet de règles générales d'application ayant pour la plupart toujours cours aujourd'hui. La doctrine suisse s'est chargée d'enrichir et de traduire en français les écrits des auteurs germaniques en important dans son système juridique la notion, permettant par la suite son approfondissement en droit français. D'importants travaux ont ainsi été réalisés, certains faisant encore figure de référence⁵⁴⁰. La définition des droits potestatifs telle que nous la connaissons aujourd'hui provient directement de ces traductions, de même que les principales règles applicables. Parallèlement, la notion de droit potestatif est apparue en droit italien qui, sans la définir de façon stricte, identifie les

⁵³⁶ Seuls quelques arrêts peuvent être répertoriés, qui parlent généralement du « caractère potestatif » de tel ou tel droit. Par ex., Cass. Civ. 1^{re}, 20 avril 2017, n° 16-15. 886, et Cass. Civ. 1^{re}, 17 fév. 2016, n° 15-11. 304.

⁵³⁷ À notre connaissance, seul un auteur a étudié la potestativité comme sujet unique. V. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.* ; V. aussi cependant I. NAJJAR, « La potestativité », *op. cit.*

⁵³⁸ On peut citer, parmi les auteurs allemands sceptiques quant à la notion de droits potestatifs : P. ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, Vol. 1, Berlin, 1903 ; J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, Vol. 1, Berlin, 1904 ; KRÜCKMANN, *Instit. d. bürgerl. Gesetzbuches*, 5^e éd., Berlin, 1935.

⁵³⁹ V. C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. 1, *Actes juridiques et droits subjectifs*, Litec, 1992, n° 586 et s., p. 462 et s.

⁵⁴⁰ V. not. L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, *op. cit.*

caractéristiques des droits potestatifs que sont la sujétion et l'inviolabilité⁵⁴¹. Reconnaisant la fécondité et l'originalité de ce nouveau concept, les auteurs français de la fin du XXème siècle se sont imprégnés de ces apports pour développer la notion de droits potestatifs. Elle sera successivement présentée en droit allemand (1), en droit suisse (2) et en droit italien (3).

1) Les droits potestatifs en droit allemand

108. Naissance du concept de droits potestatifs en droit allemand. L'observation de droits subjectifs « conférant à leur titulaire le pouvoir unilatéral soit de faire naître ou de déterminer plus précisément un rapport juridique, soit le plus souvent de le modifier ou d'y mettre un terme »⁵⁴² trouve sa source dans la doctrine allemande de la fin du XIXème siècle. Loin de répondre à une définition aussi précise dès l'origine, les droits potestatifs semblent provenir de l'observation faite par un Allemand, Auguste Thon, de l'existence de facultés innommées relevant d'un pouvoir de nature juridique⁵⁴³. Selon cet auteur, « ces droits confèrent à leur titulaire, non pas une prétention mais un pouvoir juridique immédiat »⁵⁴⁴. Il les qualifie du terme général de *Befugnis*⁵⁴⁵. Cette notion ayant suscité de nombreux débats⁵⁴⁶, c'est dans la première moitié du XXème siècle que les auteurs allemands l'entérinent. Endemann, par exemple, opère une distinction entre les droits réels, les obligations et le groupe des facultés juridiques ayant un effet formateur, modificateur ou suspensif sur un rapport de droit⁵⁴⁷. Langheineken, pour sa part, les qualifie de « facultés » en ce sens que « la faculté, appelée droit par la loi, se distingue du droit subjectif parce qu'elle ne contient pas de prétention »⁵⁴⁸. C'est toutefois Seckel qui semble être le premier à leur dédier une œuvre de synthèse, les nommant à cette occasion *Gestaltungsrechte*, terme en vigueur encore aujourd'hui⁵⁴⁹. Seckel oppose les droits dits « de puissance », ayant pour objet une

⁵⁴¹ La doctrine italienne a elle aussi été divisée sur la pertinence du concept de droit potestatif : V. par ex. A. ROCCO, *La sentenza civile*, Turin, 1906 ; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Vol. IV, Padova, 1926 ; G. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, 1889.

⁵⁴² C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. 1, *Actes juridiques et droits subjectifs*, op. cit., n° 587, p. 462.

⁵⁴³ A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, op. cit., d'après L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 21.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ Les juristes suisses ont traduit ce terme par la notion de faculté.

⁵⁴⁶ V. sur ce point, L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 21-31 ; I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., p. 104, note 98.

⁵⁴⁷ F. ENDEMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1903/1920, d'après L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 34.

⁵⁴⁸ P. LANGHEINEKEN, *Anspruch u. Einrede*, 1903, d'après L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 36.

⁵⁴⁹ E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte, in der Festgabe der juristischen, Gesellschaft Berlin für Dr. Richard Koch*, Berlin, 1903, d'après L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 36 ; V. égal.

réalité concrète (personne ou chose) aux droits potestatifs ayant pour objet une abstraction. Ces derniers confèrent, selon lui, une puissance de domination sur un droit ou un rapport juridique et sont considérés comme secondaires par rapport aux premiers. Von Tuhr précise la notion en se fondant sur les travaux de Seckel. Les *Gestaltungsrechte* « confèrent le pouvoir d'exercer un effet sur un droit de puissance, qui appartient au sujet ou à un tiers »⁵⁵⁰. Ils peuvent soit être indissociables des droits de puissance, telle la faculté d'aliéner la chose qui serait alors contenue dans le droit de propriété, soit être individualisés. Ce n'est que dans ce dernier cas qu'ils sont qualifiés de droits subjectifs. Si la classification des droits subjectifs allemands a depuis évolué⁵⁵¹, les droits potestatifs ont conservé leur place dans leur ordonnancement.

Les droits potestatifs sont toujours définis de la même manière aujourd'hui. La doctrine allemande considère qu'ils affectent le plus souvent autrui, impliquant un assujettissement (*Gebundenheit*)⁵⁵². La majorité d'entre eux disposent d'un effet extinctif mais certains peuvent avoir pour effet de créer un rapport juridique, comme le droit de préemption ou de réméré, ou de modifier une situation existante, telle la détermination unilatérale du prix. Leur exercice consiste, sauf rares exceptions, en une simple déclaration de volonté unilatérale soumise à réception⁵⁵³. Ils font en outre l'objet d'un régime commun, caractérisé par quelques règles principales. Isolément, ils sont incessibles, à l'exception du droit d'option (*Optionrecht*). Ils sont également inconditionnels et irrévocables⁵⁵⁴. Ce socle de principes communs a fait l'objet de recherches poussées par les auteurs suisses, permettant à l'un d'entre eux d'établir une théorie des droits formateurs pour l'essentiel encore utilisée aujourd'hui.

2) Les droits formateurs en droit suisse

109. Développement des droits potestatifs en droit suisse. « L'Allemagne est le berceau de la notion de droit formateur » qui a cours dans le système juridique suisse⁵⁵⁵. Selon

C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. 1, *Actes juridiques et droits subjectifs*, op. cit., n° 587, p. 461. Ils sont également connus sous l'appellation *Kan-Recht*, ou « *Rechte des rechtlichen könnens* », V. I. NAJJAR, *Le droit d'option*, *Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 98, p. 101.

⁵⁵⁰ A. VON THUR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1914, d'après L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 43.

⁵⁵¹ V. sur ce point, C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. 1, *Actes juridiques et droits subjectifs*, op. cit., n° 580 et s., p. 457 et s.

⁵⁵² C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. 1, *Actes juridiques et droits subjectifs*, op. cit., n° 587, p. 462.

⁵⁵³ C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. 1, *Actes juridiques et droits subjectifs*, op. cit., n° 588, p. 462.

⁵⁵⁴ C. WITZ, *Droit privé allemand*, t. 1, *Actes juridiques et droits subjectifs*, op. cit., n° 589, p. 463.

⁵⁵⁵ L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 20.

le Suisse L'Huillier, auteur d'une thèse sur le droit formateur, celui-ci « est un droit subjectif tendant à la création, la modification ou l'extinction d'un rapport juridique par un acte unilatéral de volonté »⁵⁵⁶. Cette définition est novatrice, en ce qu'elle résulte d'une correction apportée à la traduction littérale de l'allemand au français qu'avaient jusqu'alors fait les auteurs suisses de l'époque⁵⁵⁷. L'Huillier fait, en effet, remarquer que le terme allemand de *gestalten* ne peut être traduit par le seul verbe français « former », sans quoi la définition devient réductrice⁵⁵⁸. Fort de cette avancée, il décrit le droit formateur selon trois caractéristiques essentielles, permettant de consacrer son originalité : « 1° Il est un droit subjectif, c'est-à-dire un pouvoir de domination. 2° Il produit ses effets sur d'autres droits ou rapports juridiques ; son objet, au sens technique de ce mot, consiste en une abstraction, en un concept de l'esprit, et non pas en une chose ou une personne. 3° Il s'exerce au moyen d'un acte unilatéral de volonté ; il produit donc son effet par la seule volonté de son titulaire. »⁵⁵⁹. L'auteur insiste sur cette dernière caractéristique : le droit formateur peut être qualifié comme tel si et seulement si son titulaire dispose d'un pouvoir unilatéral sur un rapport juridique qui ne nécessite en aucun cas, pour son exercice, la volonté d'autres personnes⁵⁶⁰. Est ainsi écartée des droits formateurs la possibilité de contracter, par exemple.

Dans ses effets également, le droit formateur renvoie aux travaux de la doctrine allemande. À cet égard, L'Huillier prend soin de préciser qu'il est fondamental de distinguer l'objet du droit de son effet proprement dit, lequel peut être générateur, extinctif, modificateur ou complexe⁵⁶¹. Les droits formateurs générateurs consistent « à créer un rapport juridique ». Parmi eux se trouvent le droit d'accepter une offre de contracter ou encore l'action en reconnaissance de paternité. Les droits formateurs extinctifs sont les plus nombreux et peuvent être divisés en quatre catégories : les droits ayant pour effet d'éteindre un droit subjectif, les droits ayant pour effet d'éteindre un ensemble de relations juridiques, les droits

⁵⁵⁶ L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 63.

⁵⁵⁷ V. par ex. E. SECKEL, *Die Gestaltungsrechte, in der Festgabe der juristischen, Gesellschaft Berlin für Dr. Richard Koch*, op. cit., p. 210 ; J. FENKART, *Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht*, Diss. Bern. 1925, p. 12.

⁵⁵⁸ Cette erreur de traduction explique l'appellation de ces droits qui, partout ailleurs en Europe, sont qualifiés de droits potestatifs. Elle justifie aussi l'utilisation récurrente, pour décrire leurs effets juridiques, du terme « formation », qui doit se comprendre comme toute modification au sens large, incluant la création ou l'extinction d'un rapport juridique, au vu des nombreux exemples donnés par les auteurs suisses et allemands. Comp. A. VON THUR, *Partie générale du Code fédérale des Obligations*, traduit par M. de TORRENTE et E. THILO, Lausanne 1933, not. p. 19, note 4 : « Le mot qui, littéralement, rend le mieux le sens de *Gestaltung* est l'adjectif "formateur" dont la signification est : "qui forme, qui crée". C'est précisément le rôle du *Gestaltungsrecht* ».

⁵⁵⁹ L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 64

⁵⁶⁰ L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., par ex. p. 83-84.

⁵⁶¹ L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 164-175.

ayant pour effet de supprimer un rapport juridique existant entre un membre d'une collectivité et cette collectivité, et enfin, les droits ayant pour effet de dissoudre des personnes juridiques. Pour l'ensemble des droits extinctifs, les exemples sont légion et relèvent de domaines variés, au premier rang desquels figure la faculté de résiliation unilatérale du contrat. Le droit formateur modificateur consiste « en un pouvoir de domination d'une personne sur un droit ou sur un rapport juridique qui est modifié dans sa durée, dans son étendue, dans la nature de son objet etc. par l'exercice du droit »⁵⁶². La modification est alors l'effet direct du droit exercé. Ainsi en est-il, par exemple, du droit de choisir détenu par le débiteur d'une obligation alternative, de l'option successorale ou encore du droit de choisir du créancier entre les différentes sanctions de l'inexécution. Enfin certains droits sont dits complexes, en ce qu'ils cumulent deux effets. L'auteur cite là le droit de se prévaloir d'une compensation lorsque naît une nouvelle créance résultant du solde, qui comprend à la fois un effet extinctif (la compensation des deux créances originelles) et un effet générateur (novation pour la créance du solde).

Une fois les droits formateurs caractérisés, L'Huillier peut distinguer, parmi les différentes manifestations de volonté unilatérale, celles qui en relèvent. Il refuse ainsi de qualifier de droits formateurs les actes juridiques unilatéraux qui appartiennent à tout le monde. Certes, « le droit formateur s'exerce *dans tous les cas* au moyen d'un acte unilatéral de volonté de son titulaire »⁵⁶³. Néanmoins, l'offre de contracter, l'établissement d'un testament ou encore la constitution d'une fondation « dérivent uniquement de la capacité de former des rapports juridiques par un acte unilatéral de volonté, [or] ces facultés ou possibilités ne sont pas des droits formateurs parce qu'ils ne sont pas des droits proprement dits »⁵⁶⁴. « Les droits formateurs se distinguent ainsi de la capacité d'accomplir des actes juridiques, parce qu'ils se fondent sur des prescriptions particulières du droit objectif ; ils dépendent, autrement dit, de conditions spécialement édictées par la loi ou par toute autre source du droit »⁵⁶⁵. L'Huillier s'érige également contre l'assimilation des droits formateurs et des pouvoirs, élaborant un critère de distinction qui semble trouver un écho dans la doctrine française moderne⁵⁶⁶. Selon lui, « alors que les droits formateurs tendent à la création, à la modification ou à l'extinction de rapports juridiques, les pouvoirs confèrent à leur titulaire le droit d'exercer des droits

⁵⁶² *Ibid.*

⁵⁶³ L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 142.

⁵⁶⁴ *Ibid.*

⁵⁶⁵ L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., par ex. p. 79-80.

⁵⁶⁶ V. *supra*, n° 78 et s.

subjectifs appartenant à autrui, c'est-à-dire des droits dont l'exercice appartient en principe à autrui, et, par exception, au titulaire du pouvoir »⁵⁶⁷.

La distinction tirée du droit allemand entre les *zugriffrechte* et les *griffrechte* est par ailleurs reprise dans la théorie des droits formateurs, et traduite par les droits dits « intro-actifs » et les droits dits « extra-actifs »⁵⁶⁸. Les premiers ne produisent leurs effets que dans la sphère juridique de leur titulaire, les tiers ne subissant tout au plus que certaines conséquences de la modification opérée. L'effet des seconds se produit non seulement dans la sphère juridique de leur titulaire mais également dans celle d'une tierce personne. Les droits intro-actifs sont rares. Parmi eux, l'auteur cite le droit du propriétaire d'une chose mobilière d'éteindre son droit de propriété sur sa chose par un acte unilatéral de volonté qui se manifeste par l'abandon de la possession (nécessairement associé à l'*animus dereliquendi*) ; ou encore le droit du propriétaire de deux fonds de grever l'un d'une servitude en faveur de l'autre⁵⁶⁹. Les droits extra-actifs sont à l'inverse très nombreux. Ils impliquent que d'autres personnes soient directement touchées par l'exercice du droit formateur et concernent en majorité le rapport contractuel de droit commun. D'autres manifestations sont cependant prégnantes, dans les rapports de filiation par exemple, ou entre société et associés. Le destinataire du droit se retrouve alors dans une situation de passivité.

Le droit suisse contemporain a conservé la notion telle qu'élaborée par L'Huillier⁵⁷⁰. La doctrine suisse a eu un effet certain sur la conception française des droits potestatifs grâce à l'utilisation de la langue française pour traduire et enrichir les écrits allemands. Néanmoins, c'est en particulier sur les études italiennes relatives à la notion que les premiers auteurs français se sont fondés afin de l'introduire, au milieu du siècle dernier. Ainsi, le constat de la position passive du sujet qui subit le droit potestatif a notamment été traduit par l'idée de sujétion par la doctrine italienne et importé en France.

⁵⁶⁷ L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., par ex. p. 85.

⁵⁶⁸ L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, op. cit., p. 176-182.

⁵⁶⁹ Cette hypothèse, inenvisageable en droit français puisque la servitude exige un rapport entre deux fonds n'appartenant pas à un seul et même propriétaire (art. 705 C. civ.) illustre l'impossibilité de traduire littéralement une notion d'un système juridique à un autre sans plus d'adaptation.

⁵⁷⁰ V. P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973, p. 31-34 ; G. VIONNET, *L'exercice des droits formateurs*, thèse Lausanne, 2008 ; Y. LE ROY, M.-B. SCHOENENBERGER, *Introduction générale au droit suisse*, LGDJ, 4^e éd., 2015, p. 28. La doctrine française favorable à la notion a également repris ces critères, V. par. ex. I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, op. cit. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 524, p. 474.

3) Les droits potestatifs en droit italien

110. La conception italienne des *diritti potestativi* semble avoir été la plus influente dans le processus d'introduction de la notion en droit français, tant Messieurs Najjar et Boyer paraissent s'être inspirés des écrits de Monsieur Messina, « le plus brillant défenseur » de la catégorie des droits potestatifs⁵⁷¹. Qualifiés de *diritti-mezzi*, ou « droits secondaires », les droits potestatifs tirent leur première particularité de ce qu'ils ne donnent aucun pouvoir immédiat sur une chose ou une personne mais permettent, par une simple déclaration de volonté, « d'engendrer une situation générale et impersonnelle »⁵⁷². En outre, c'est la relation juridique qui se crée autour du droit potestatif qui fait l'objet d'une réelle spécificité. La doctrine italienne a mis en lumière la *suggestione*, la « sujétion » qu'implique le droit potestatif. Plus encore, le droit potestatif est reconnu comme un droit égoïste : il octroie à son titulaire « la possibilité de commander dans son propre intérêt »⁵⁷³, non dans l'intérêt d'autrui. Son efficacité est totalement indépendante de la volonté de celui ou de ceux qui doivent le subir. En ce sens, l'auteur explique que le rapport de sujétion qui naît du droit potestatif relève non pas d'une situation de devoir juridique mais d'une situation de nécessité, laquelle implique une position de soumission purement passive face au pouvoir juridique⁵⁷⁴. De ce fait, Messina considère le droit potestatif comme un droit particulièrement efficace – par comparaison avec le droit de créance notamment – parce qu'il se suffit à lui-même. Si l'on peut violer un droit réel ou inexécuter une obligation, on ne peut, en revanche, nier la puissance du titulaire du droit potestatif, car « elle correspond à une réalité concrète »⁵⁷⁵. Cette caractéristique propre au droit potestatif a permis d'entériner la distinction avec les droits de *signoria*, c'est-à-dire les droits de créance et les droits réels. Si l'exercice de tout droit subjectif modifie nécessairement l'ordre juridique préexistant, seuls les droits potestatifs permettent cet effet

⁵⁷¹ I. NAJJAR, *Le droit d'option...*, op. cit., n° 98-99, p. 101-102 ; L. Boyer, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Sirey, 1947, p. 61. V. égal. J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », op.cit., p. 747. Najjar qualifie toutefois de « pères spirituels » de la catégorie les auteurs allemands parmi lesquels Seckel notamment, n° 99 bis, p. 102. V. égal. parmi les auteurs italiens qui ont développé la notion : G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Naples, 1923 ; G. AULETTA, « *Poteri formativi et diritti potestativi* », Riv. Dir. comm. 1939, p. 557.

⁵⁷² I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 98-99, p. 101-102.

⁵⁷³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Biblioteca del « foro italiano », 1946, n° 59, p. 140, d'après J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, op. cit., p. 747. V. égal. en ce sens, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, Ed. Cedam-Padova, 47^e éd., 2015, p. 73-75.

⁵⁷⁴ G. MESSINA, « *Diritti potestativi* », *Nuovo digesto italiano*, t. IV, 1948, p. 871 et s., spéc. p. 874, d'après I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n°101, p. 105 et n° 99 bis, p. 103.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

sans qu'il soit possible de le paralyser ou de l'empêcher. En d'autres termes, du caractère assujettissant des droits potestatifs découle leur inviolabilité⁵⁷⁶ ; or, si le droit italien connaît les « obligations d'omission », celles-ci diffèrent sensiblement de l'assujettissement selon les défenseurs de la notion de droit potestatif puisqu'elles peuvent être inexécutées. Messina répond en effet aux critiques qui lui sont adressées en rappelant que l'obligation de ne pas faire renvoie à un *pati*, c'est-à-dire à un acte passif, à une attitude négative qui nécessite une forme de diligence particulière. L'exemple de l'obligation de non-concurrence permet de comprendre qu'il n'est pas simplement question d'inaction mais que le débiteur doit encore adopter une attitude déterminée ou être sanctionné s'il s'y refuse. Le droit potestatif, en revanche, est vu comme une négation totale d'autrui, en ce sens que s'il voulait faire obstruction aux effets du droit potestatif, encore ne le pourrait-il pas⁵⁷⁷.

Cette conception a perduré. Elle est, en outre, conforme aux vues allemandes et suisses. Si la définition des *diritti potestativi* fait encore parfois débat, la notion en elle-même est unanimement reconnue et présentée comme une catégorie de droits subjectifs en Italie⁵⁷⁸. Elle a fortement influencé les auteurs français désireux d'introduire cette nouvelle catégorie de droits pour compléter le spectre des droits subjectifs, en démontre le critère de sujétion, souvent considéré comme central dans la présentation des droits potestatifs français. Plus généralement, l'analogie avec la prérogative contractuelle ne fait aucun doute. Passivité et irrésistibilité ont en effet été décrites comme les conséquences directes du mécanisme décisionnel de la prérogative, tandis que la modification *lato sensu* a été reconnue comme son effet premier. Sa différenciation d'avec la notion de pouvoir est confirmée par les analyses suisses et italiennes. L'étude des droits potestatifs, dans les conceptions allemande, suisse et italienne va donc dans le sens de la qualification de la prérogative contractuelle comme sous-catégorie de droits potestatifs, restreinte dans ses effets à la modification des seules situations juridiques contractuelles.

⁵⁷⁶ G. MESSINA, « Diritti potestativi », *Nuovo digesto italiano*, *op. cit.*, n° 5, d'après I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, n° 102, p. 107.

⁵⁷⁷ G. MESSINA, « Diritti potestativi », *Nuovo digesto italiano*, *op. cit.*, p. 874, d'après I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, n° 101, p. 105.

⁵⁷⁸ V. par ex. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 73-75.

B. La définition traditionnelle des droits potestatifs en droit français

111. Les premières apparitions recensées de la notion de droit potestatif en droit français sont peu approfondies. Profitant d'une notion élaborée par quelques pays voisins, la plupart des auteurs français au début du XX^e siècle se sont contentés de la mentionner, sinon de l'ignorer⁵⁷⁹. Boyer semble être le premier à mettre en lumière son importance, au regard du droit d'action en justice notamment. Consacrant son autonomie et répondant aux critiques opérées à son encontre, il la juge pertinente et nécessaire⁵⁸⁰, si bien qu'il l'utilisera par la suite pour analyser les avant-contrats⁵⁸¹. Fort de cette argumentation, Monsieur Najjar a repris la notion pour l'associer au droit d'option, la développant plus que quiconque avant lui et devenant le père fondateur du droit potestatif en France. Nombre d'auteurs ont par la suite usé du concept tel que présenté par cet auteur⁵⁸². Ainsi, quel que soit le domaine dans lequel il est étudié, le droit potestatif est soumis à une définition inchangée dont il faut relever les traits caractéristiques ainsi que les faiblesses. La définition traditionnelle du droit potestatif doit être précisée afin de mettre en lumière sa spécificité. Au surplus, le droit potestatif demeure une notion obscure en raison des difficultés à identifier son objet et, par conséquent, à lui faire trouver sa place au sein de la distinction des droits subjectifs fondée sur ce critère. Les auteurs sont divisés : l'objet des droits potestatifs serait une situation juridique selon certains, une situation juridique future selon d'autres, tandis que d'autres concluent à la reconnaissance de droits sans objet. Cet aspect accentue les incertitudes relatives à cette catégorie de droit. La définition traditionnellement conférée au droit potestatif s'avère donc insuffisante (1), ce à quoi s'ajoute l'indétermination de l'objet de ce droit (2).

⁵⁷⁹ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, I – *Observations sur l'étude de la procédure civile*, 1931, p. 97, note 2 ; J. DERRUPE, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. MAURY, thèse, Toulouse, 1952, p. 248 ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 171, note 3 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, 1^{re} éd., Sirey, n°94 ; R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., LGDJ, 1943, p. 32.

⁵⁸⁰ L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Sirey, 1947, p. 61-67.

⁵⁸¹ L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente », *op. cit.*

⁵⁸² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, *op. cit.*, n° 508 et s., p. 462 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 7, p. 24 ; I. NAJJAR, « La potestativité », *op. cit.*, spéc. p. 603. ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.*, spéc. p. 748. ; S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, *op. cit.*, p. 178 ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, *op. cit.*, n° 348, p. 190 ; C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, dir. J.-M. OLIVIER, th. dactyl., Paris II, 2016.

1) L'insuffisance de la définition des droits potestatifs

112. Par son caractère général, la définition du droit potestatif ne met pas au jour la spécificité de ce droit (a), si bien que la doctrine lui a attribué deux caractères permettant de consacrer son originalité (b).

a) La définition des droits potestatifs

113. Entourés d'un certain mystère doctrinal, les droits potestatifs répondent à une définition pourtant relativement constante depuis leur apparition en droit français⁵⁸³. Ces droits ont des champs d'application variés ; ils apparaissent dans nombre de domaines juridiques, du droit du travail⁵⁸⁴ au droit processuel⁵⁸⁵ en passant par les relations contractuelles⁵⁸⁶. En ce sens, les prérogatives contractuelles ont un domaine d'expression plus restreint, puisque la situation juridique qui reçoit la modification est nécessairement contractuelle. La ressemblance entre les définitions des deux notions est pourtant telle que l'on comprend aisément l'analogie qui est faite chez la plupart des auteurs⁵⁸⁷. Cette observation ne suffit pas, cependant, pour expliquer les liens qui unissent les prérogatives contractuelles aux droits potestatifs, si bien qu'il paraît nécessaire d'approfondir les caractères substantiels de ces derniers.

L'unilatéralisme occupe une place centrale dans la compréhension de la notion de droit potestatif, sans pour autant être confondu avec elle. Si la potestativité est unilatéralité, l'unilatéralité n'est pas toujours potestativité⁵⁸⁸. L'omniprésence de l'unilatéralisme en droit

⁵⁸³ Les droits potestatifs sont définis comme des « pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale ». I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99, p. 102 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 508, p. 462 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 7, p. 24 ; I. NAJJAR, « La potestativité », op. cit., spéc. p. 603. ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », op. cit., p. 747 et s., spéc. p. 748. ; S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, op. cit., p. 178 ; C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, op. cit. ; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie* op. cit., n° 348, p. 190.

⁵⁸⁴ C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, op. cit.

⁵⁸⁵ L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, p. 61 et s. ; V. également I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., spéc. n° 125, p. 131-132.

⁵⁸⁶ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit.

⁵⁸⁷ V. par ex. J. ROCHFELD qui les qualifie de « droits potestatifs adjoints », « Les droits potestatifs accordés par le contrat », op. cit. ; D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », op. cit., n° 29, p. 668 ; F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », op. cit., n° 10, p. 714.

⁵⁸⁸ La notion de potestativité ne fait référence dans cette étude qu'au droit potestatif, sans y inclure la condition potestative.

privé ayant été démontrée⁵⁸⁹, le risque serait ainsi de voir dans chaque activité unilatérale l'existence d'un droit potestatif. Loin s'en faut. Puisqu'il est « bien plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux »⁵⁹⁰, il importe de délimiter les contours de la notion de droit potestatif par rapport à la constante activité unilatérale de l'individu or, à cet égard, la définition traditionnelle du droit potestatif n'est pas très éloquente.

114. Insuffisance de la définition. Au commencement de tout acte juridique est la volonté. L'acte unilatéral est celui qui se suffit de la manifestation d'une volonté unique pour produire des effets de droit. C'est alors que, pour isoler les droits potestatifs de l'ensemble des manifestations unilatérales de volonté produisant des effets de droit, se pose la question de l'effet véritablement créé par son exercice. Le droit potestatif consistant à « influencer sur une situation juridique » par une « activité unilatérale », l'insuffisance de la définition surgit. L'influence sur la situation juridique ne permet pas de rendre compte de la spécificité de ces droits au sein de l'ordonnement juridique. La notion de situation juridique est simplement mise en opposition avec les biens et les personnes, ce qui ne permet pas de distinguer les droits potestatifs des actes unilatéraux n'ayant pour objet direct ni une personne ni un bien. Finalement, « l'exercice de n'importe quel type de droit a pour conséquence une modification de situation juridique »⁵⁹¹. Nulle limitation supplémentaire n'est rendue possible par l'utilisation de la notion d'effet juridique que suppose l'acte unilatéral. Si cette notion a reçu des acceptions variables selon le domaine du droit et les auteurs, il n'en demeure pas moins que le terme « influence » pourrait correspondre à chacune d'elles dès lors que l'influence prend une dimension juridique. Il semble alors qu'influer sur une situation juridique préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en en créant une nouvelle au moyen d'une activité unilatérale soit peu ou prou la définition même d'un acte unilatéral, c'est-à-dire la manifestation d'une volonté ayant des conséquences juridiques.

b) Les critères des droits potestatifs

115. L'insuffisance de la définition n'a pas échappé à certains auteurs. Pour pallier cet écueil, la doctrine a élaboré deux critères qui établissent la spécificité des droits potestatifs :

⁵⁸⁹ V. *supra*, n° 36 et s.

⁵⁹⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, op. cit. et loc. cit.*, n° 929, p. 1940.

⁵⁹¹ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles, op. cit.*, n° 35, p. 43 : l'auteur soutient qu'à la différence des autres droits subjectifs, « seul le droit potestatif a pour objet premier la modification d'une situation juridique ».

sujétion et inviolabilité constituent les caractéristiques fondamentales des droits potestatifs et ne manquent pas de rappeler la prérogative contractuelle telle que nous l'avons définie.

116. Le critère d'assujettissement. La sujétion « caractérise le droit potestatif » et se concrétise par le fait que « si le titulaire du droit potestatif peut exercer son droit en face d'une autre personne, cette dernière *ne peut même pas* se soustraire à l'efficacité de son activité »⁵⁹². Un auteur explique ainsi que la potestativité se traduit par « l'empiètement *irrésistible* sur la sphère juridique d'autrui »⁵⁹³. La mise en avant du lien de sujétion censé caractériser le droit potestatif est l'expression la plus directe de l'influence qu'a eue la doctrine italienne sur l'introduction dans notre système des droits potestatifs. Malgré l'apparente unanimité concernant la sujétion induite par le droit potestatif, l'étude des différentes analyses répertoriées fait ressortir une difficulté. La notion de sujétion implique l'existence d'une altérité identifiée. Pour certains auteurs, celle-ci est déterminée par la présence permanente d'un sujet passif. En ce sens, le droit potestatif permettrait d'influencer la situation juridique d'autrui⁵⁹⁴. Pourtant, l'altérité peut être générale : elle regroupe l'ensemble des sujets de droits. Ils devront se soumettre à la mise en œuvre du droit potestatif bien qu'elle ne suppose aucun effet direct sur leur sphère juridique propre⁵⁹⁵. Le droit potestatif n'impliquerait donc pas un « empiètement sur la sphère juridique d'autrui », et devrait être caractérisé autrement. L'analyse suisse avait, au reste, mis en lumière l'existence de droits formateurs intro-actifs et extra-actifs afin d'exprimer la différence de degré de répercussion sur la sphère juridique d'un sujet autre que le titulaire du droit. Se pose, en d'autres termes, la question du degré d'altérité qu'implique le droit potestatif ; de l'amplitude de l'effet – direct ou indirect – que son exercice entraîne sur la situation juridique d'un sujet distinct du titulaire du droit.

117. Le critère d'invocabilité. Le sujet passif ne dispose d'aucune possibilité pour contrecarrer la manifestation de puissance du *potentior*. Il n'a vocation qu'à subir, n'ayant aucun moyen d'action pour lutter contre la mise en œuvre du droit potestatif. L'invocabilité

⁵⁹² I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99bis, p. 103 ; V. égal. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 520, p. 471.

⁵⁹³ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit. et loc. cit., n° 200, p. 121.

⁵⁹⁴ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 13, p. 26 ; C. LEFER, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, op. cit.

⁵⁹⁵ I. Najjar étudie les droits potestatifs à l'aune des droits d'option, considérant que tout droit d'option est un droit potestatif et recensant parmi eux l'option successorale, l'option testamentaire, l'option de communauté, l'option de nationalité et encore l'option de contrat. V. *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 112, p. 116 et n° 143, p. 149. Ainsi, à l'exception de l'option de contrat, la soumission qu'implique ces droits existe bel et bien sans pour autant que ceux-ci se traduisent par un empiètement direct sur la sphère juridique d'autrui.

est le produit de l'automaticité du droit en cause : « il en résulte que le droit potestatif ne peut être paralysé, ou plus exactement qu'il est insusceptible de violation »⁵⁹⁶. Ces considérations rappelleraient presque l'analyse proposée un temps par certains auteurs à propos de l'obligation de donner : « il n'y aurait pas, à proprement parler, en droit français, d'obligation de transférer la propriété, ce transfert s'opérant de plein droit par l'échange des consentements »⁵⁹⁷. L'automaticité contredit le caractère obligationnel d'un lien puisqu'il n'implique aucune prestation, aucune attitude. De même, on ne peut conclure à la création d'un devoir pesant sur le sujet passif sans quoi la faute et, par là même, la violation du droit serait possible.

Si l'exposé de ces critères rend compte du particularisme des droits potestatifs, leur définition est insatisfaisante. Présentés comme des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur des situations préexistantes au moyen d'une activité propre unilatérale, elle peine à faire apparaître les critères, pourtant essentiels, de sujétion et d'inviolabilité. La définition des droits potestatifs est donc impuissante à exprimer la réalité du mécanisme et devrait être repensée pour faire ressortir leur substance décisionnelle. Comme pour les prérogatives contractuelles, la sujétion et l'inviolabilité sont des conséquences de l'essence de ces droits, non des critères indépendants de leur définition. Pourtant, l'objet des droits potestatifs est source d'incertitude dans la théorie classique.

2) L'indétermination de l'objet des droits potestatifs

118. La principale difficulté dans le processus de caractérisation de la notion de droit potestatif a consisté à déterminer l'objet des droits potestatifs et à le distinguer de ses effets. L'influence sur une situation juridique, et en particulier, sur la situation juridique d'autrui est au centre de cette question. Il a été précédemment fait état des divers sens que peut recevoir le terme d'effet juridique ; il convient là de revenir sur les diverses opinions doctrinales exprimées au sujet de la détermination de l'objet du droit potestatif.

119. **La variabilité de l'objet des droits potestatifs.** La conception majoritaire de l'objet du droit potestatif, malgré des nuances et des approximations, repose sur la notion de

⁵⁹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 511, p. 464.

⁵⁹⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996. 85.

situation juridique⁵⁹⁸. Une lecture plus approfondie met toutefois en lumière la prudence de certains auteurs. Ainsi de Monsieur Najjar qui écrit que l'objet « vise à *modifier une situation juridique préexistante* », le droit d'option dans le contrat de promesse unilatérale, en particulier, ayant lui pour objet de « faire avancer la phase de l'avant-contrat vers le contrat définitif »⁵⁹⁹. Madame Mirabail, quant à elle, ne remet pas en cause la détermination de l'objet comme situation juridique mais pointe son insuffisance, dans la mesure où celui-ci « ne suffit pas à caractériser les droits potestatifs »⁶⁰⁰. Monsieur Valory, pour sa part, exprime la difficulté à identifier l'objet des droits potestatifs dans certains cas. Il indique donc que si, pour certains de ces droits, l'objet renvoie à une situation juridique préexistante à l'image du droit d'option, l'objet est, pour d'autres, une situation juridique future, par exemple lorsque le droit a une source légale comme le droit de retrait⁶⁰¹. D'autres auteurs ont également préféré la situation juridique future au regard des droits particuliers étudiés, par exemple le droit de préemption⁶⁰². Malgré une apparente unité dans l'identification de la situation juridique comme objet des droits potestatifs, il semble donc qu'une forme de cacophonie règne, illustrant les défauts de cette théorie. Il paraît impossible, en effet, d'accepter des nuances dans la détermination de l'objet en fonction des droits spécifiques visés, sous peine de qualifier différemment des droits de même nature. C'est pourquoi des auteurs, conscients des insuffisances de cette hypothèse, ont tenté de proposer une autre conception du droit potestatif.

120. L'absence d'objet des droits potestatifs. Une partie de la doctrine a estimé que l'objet du droit potestatif était inexistant. Monsieur Michaélidès-Nouaros s'est ainsi résolu à conclure à une absence d'objet, estimant que la transformation de la situation juridique « n'est qu'un élément constitutif de la notion même du droit potestatif et ne saurait être considéré

⁵⁹⁸ I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit. ; L. Boyer, « Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats », op. cit., spéc. n° 27 p. 27 ; S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, op. cit. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit. ; L. L'HUILLIER, *La notion de droits formateurs en droit privé suisse*, op. cit.

⁵⁹⁹ I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 20-21, p. 22-23. L'auteur ne qualifie donc pas strictement la situation juridique d'objet des droits potestatifs. L'expression qu'il emploie (« vise à ») peut ainsi être associée à la fonction des droits potestatifs donc à ses effets.

⁶⁰⁰ S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, op. cit., p. 178-179.

⁶⁰¹ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 35, p. 42-43.

⁶⁰² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 510, p. 463 : l'auteur explique ainsi qu'avant l'aliénation du bien, le droit de préemption est un droit potestatif dénué d'objet. Ce n'est que lorsque la vente se produit qu'apparaît l'objet de ce droit ; V. égal. L. L'HUILLIER, *La notion de droits formateurs en droit privé suisse*, op. cit., p. 74 : « l'objet existe dès la naissance du droit formateur sous la forme d'une situation juridique future ».

comme son objet »⁶⁰³. Cet auteur réfute alors l'opinion de Dabin selon laquelle l'originalité des droits potestatifs tiendrait à leur objet, en ce qu'il ne serait ni plus ni moins la totale maîtrise du titulaire du droit dans la décision de l'exercer⁶⁰⁴. De surcroît, il fait très justement remarquer que la liberté de décision est « le corollaire de tout droit subjectif et non seulement des droits potestatifs », concluant à la reconnaissance de droits dénués d'objet. Dans le même sens, Messieurs Ghestin et Goubeaux ont réfuté l'analyse de l'objet des droits potestatifs fondée sur la notion de situation juridique, considérant « être en présence de droits sans objet »⁶⁰⁵. Pour sa part, Boyer affirme que l'objet du droit potestatif est d'une « nature purement abstraite », ce qui expliquerait l'inviolabilité caractéristique de ce droit⁶⁰⁶. Une telle incertitude est problématique, en ce qu'elle illustre une certaine confusion dans la compréhension que l'on a de la notion. En apparence si tranchée, il s'avère que celle-ci est précaire. Il paraît difficile, en effet, de prendre la situation juridique comme objet du droit alors que celle-ci s'apparente au contexte dans lequel il produit ses effets. Il faut en conclure, comme le fait Monsieur Michaélidès-Nouaros, que dans la théorie classique des droits potestatifs, ceux-ci sont sans objet. Une telle affirmation étonne toutefois, si bien que l'on décèle la limite que comporte la notion de droit potestatif telle qu'elle est traditionnellement définie. Une proposition peut alors être faite concernant l'objet des droits potestatifs, à condition toutefois de s'interroger sur la notion d'objet d'un droit subjectif.

§2. Proposition d'une conception renouvelée des droits potestatifs

121. Le droit potestatif apparaît comme une notion nécessaire et efficace mais qui pâtit d'une définition inapte à mettre en lumière son essence même. L'indétermination de son objet est éloquente, de même que l'absence, dans sa définition, de fondements propres aux critères de sujétion et d'inviolabilité censés consacrer sa spécificité. Ces difficultés ne sont toutefois pas insurmontables. C'est à l'aune de la notion de décision que l'essence du droit potestatif peut être saisie. Celle-ci constitue son objet (A). Le droit potestatif, ainsi entendu comme le droit de décider de la modification *lato sensu* d'un élément d'une situation juridique

⁶⁰³ G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droits subjectifs », *RTD civ.* 1966. 216, spéc. p. 225.

⁶⁰⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 172, note 2, qui associe les droits potestatifs aux droits de la personnalité.

⁶⁰⁵ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. I, *op. cit.*, n° 212, p. 167.

⁶⁰⁶ L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, *op. cit.*, p. 65, note 2.

déterminée, s'impose comme une catégorie de droits subjectifs autonome, aux manifestations nombreuses et transdisciplinaires. Parmi elles s'illustre la prérogative contractuelle (B).

A. La décision, objet du droit potestatif

122. La notion d'objet est couramment utilisée en droit privé. Davantage relative au contrat et à l'obligation qu'au droit subjectif, force est de constater sa récurrence dans les textes historiques du Code civil⁶⁰⁷. L'ordonnance portant réforme du droit des obligations a sensiblement réduit son usage cependant, sans pour autant le supprimer à la différence de la cause⁶⁰⁸. L'emploi régulier des notions d'objet du contrat et de l'obligation explique l'importance des écrits à leur sujet, comparativement aux rares études menées sur l'objet des droits subjectifs – paradoxalement sans cesse utilisée dans les opérations de classification. Quelques auteurs ont toutefois tenté de lui donner un sens. Ces propositions s'avèrent d'autant plus utiles que la notion d'objet de droit est centrale pour saisir la structure du droit potestatif. Elle doit pour ce faire être définie (1), ce qui permet de caractériser le droit potestatif comme un droit de décider (2).

1) La notion d'objet de droit

123. Plusieurs acceptions de la notion d'objet peuvent être exposées (a), avant que la conception retenue et appliquée au droit potestatif soit proposée (b).

a) Conceptions matérialiste et finaliste de la notion d'objet de droit

124. **Conception matérialiste de l'objet.** C'est souvent à l'occasion des opérations de classification des droits subjectifs que la notion d'objet apparaît, utilisée comme critère afin de les ordonner. Dabin met en garde ses lecteurs contre la confusion qui pourrait être faite entre contenu d'un droit et objet d'un droit. Ce dernier est, selon l'auteur, « ce sur quoi porte le droit », lequel est délimité « dans son mode et dans son étendue » par son contenu⁶⁰⁹. Des auteurs ont, dans le même sens, défini l'objet du droit subjectif comme « ce à quoi s'applique

⁶⁰⁷ Pour exemples, V. les anciens articles 1108, 1126, 1129, 1130 al. 1^{er}, 1137 C. civ.

⁶⁰⁸ La comparaison de l'ancien article 1108 C. civ. et du nouvel article 1128 C. civ. est à cet égard éloquent, les rédacteurs de l'ordonnance ayant préféré le terme « contenu ».

⁶⁰⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 168 ; V. égalt J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. I, op. cit., p. 166-167.

la prérogative »⁶¹⁰, toujours dans le but de proposer une classification des droits subjectifs. Cette acception peut être qualifiée de « matérialiste », en accord avec le premier sens qu'il est possible de donner à la notion d'objet, entendue comme la matière qui sert de substrat à l'exercice d'un droit.

125. Conception finaliste de l'objet. D'autres auteurs ont toutefois entrepris de conférer à la notion d'objet de droit une signification distincte. Del Vecchio, en se fondant sur les travaux de Jhéring, a émis l'idée que l'objet serait en rapport avec la finalité directe de la volonté, élément essentiel du droit dans sa dimension subjective⁶¹¹. Plus récemment, Madame Lucas-Puget a plaidé pour une acception unitaire de la notion d'objet en l'associant également à l'idée de finalité. L'étudiant sous l'angle du contrat et non du droit subjectif, elle propose une définition générale de la notion d'objet qui, « quel que soit son « déterminatif », (...) est l'expression d'un résultat promis et attendu, finalement d'une finalité »⁶¹². L'objet pourrait donc exciper d'une définition téléologique : il est « la finalité voulue »⁶¹³. Par analogie avec l'objet du contrat ainsi compris, l'objet d'un droit pourrait alors être considéré comme la capacité de saisir ce que veut globalement son titulaire, permettant de décrire mais également de transcrire le droit subjectif concerné. En d'autres termes, le droit (ou tout autre « déterminatif » tel que le contrat ou l'obligation) « pourra être considéré comme l'instrument de réalisation de son objet »⁶¹⁴ qui marque ainsi une finalité directe. Dans la conception finaliste de l'objet, un écueil apparaît toutefois. Il devient, en effet, ardu de distinguer l'objet de l'effet du droit, si bien que l'auteur affirme que l'objet traduit l'effet⁶¹⁵. François Terré reconnaît également que « l'effet et l'objet sont (...) intimement liés » au regard notamment de la qualification d'un acte⁶¹⁶, mais tempère son propos en rappelant que « les deux notions d'effet et d'objet sont nettement distinctes au sein d'une même qualification »⁶¹⁷, notamment au regard de l'opposabilité aux tiers. Là encore néanmoins, l'auteur oriente sa réflexion vers

⁶¹⁰ P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *Droit civil*, t. 1, *op. cit.*, n° 53, p. 48.

⁶¹¹ G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 329 : « le droit, dans son aspect subjectif, est la consécration de la volonté individuelle, en tant qu'elle tend vers un certain objet. L'objet de la volonté constitue un *bien* ou par rapport au sujet qui veut un *intérêt*. On ne peut pas simplement vouloir : on doit toujours vouloir *quelque chose*. »

⁶¹² A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 499, p. 279 ; Comp. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 1029 et s., p. 674 et s.

⁶¹³ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 306, p. 166. L'auteur n'applique pas toutefois pas la notion d'objet aux droits subjectifs, ceux-ci dépassant le cadre de son sujet.

⁶¹⁴ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 632-634, p. 371-374.

⁶¹⁵ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, *op. cit.*, n° 144, p. 88 ; n° 326, p. 179.

⁶¹⁶ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 381, p. 325.

⁶¹⁷ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 382, p. 325.

les actes juridiques, et notamment les conventions, plutôt que vers les droits subjectifs. La pertinence de ces propos permet de les appliquer à l'objet, pris dans une acception unique, quel que soit le concept auquel il s'applique. Pour autant, nous pensons que les droits subjectifs peuvent se voir affubler d'un objet partiellement distinct de leur finalité et de leurs effets.

Dans la continuité de ces développements, l'objet d'un droit semble pouvoir être compris dans deux sens distincts, à l'image du terme pris dans ses acceptions courantes : dans sa signification matérielle d'une part, comme la matière sur laquelle porte le droit, et dans sa signification abstraite d'autre part, comme la substance même du droit, nécessairement liée à sa finalité sans pour autant s'y réduire. Cette dernière acception est la plus adéquate pour rendre compte de la structure du droit potestatif.

b) Conception mixte de la notion d'objet de droit

126. **L'objet comme substance d'un droit.** L'objet peut être défini comme *ce en quoi consiste le droit*, ce qui renvoie, en d'autres termes, à son essence, à sa substance. Le droit va produire des effets, à l'évidence liés à l'objet, mais non totalement assimilables à lui. L'objet doit être pris, à l'image de ce que proposent les auteurs classiques, comme un critère permettant de classer les droits subjectifs en sous-catégories, lesquels droits se distingueront ensuite entre eux, au sein d'une même sous-catégorie, selon des effets qui leur sont propres. Dès lors, les effets gouvernent la différenciation des droits de même objet, appartenant à un même genre, en différentes espèces selon les types d'effets qu'ils produisent. La nuance entre l'objet défini comme ce en quoi consiste le droit et l'objet défini comme ce sur quoi porte le droit est fine et ne remet pas en cause la distinction traditionnelle entre droits réels et droits personnels, droits intellectuels et droits de la personnalité. Elle permet toutefois de saisir le substrat de chacun des droits subjectifs précités, sans confusion avec les éléments du droit qui permettent de le délimiter, c'est-à-dire son étendue et plus généralement son contenu, voire son contexte. Dans cette conception, le droit de créance a pour objet une exigence : celle de la prestation promise, laquelle permettra de délimiter le droit dans son étendue. L'effet du droit de créance, c'est-à-dire sa réalisation, sera d'obtenir la prestation identifiée. Le droit réel, pour sa part, n'a pas pour objet un bien en lui-même mais une possibilité d'action, de disposition, concernant le bien, lequel permettra, à l'image de la prestation pour le droit personnel, de le délimiter. Les effets du droit réel seront alors le résultat de l'action, qu'il

s'agisse de jouir du bien, d'en user, ou de toute forme d'action que permet le droit de propriété par exemple. Enfin, le droit potestatif a pour objet d'imposer une décision. Cette décision consiste en une alternative qui comporte des termes fixes, permettant de délimiter le droit. Elle a pour effet de modifier une situation juridique dans les limites qui lui sont imposées. À l'évidence, il y a un lien entre l'objet et la finalité, de même qu'entre la finalité et les effets, mais il est possible, et souhaitable, de les distinguer afin de saisir le mécanisme de ces droits, en particulier du droit potestatif.

127. Droit de décider et décision d'exercer un droit. La décision, comme expression de la volonté, est un fait social nécessairement omniprésent ; or toute décision n'est pas l'expression d'un droit potestatif exercé. Le droit potestatif est le droit, pour son titulaire, d'imposer une décision qui va produire en elle-même l'effet juridique qui correspond à son objet. Ainsi caractérisée, il faut distinguer la décision comme objet d'un droit de la décision comme mode d'exercice d'un droit.

Tout exercice d'un droit subjectif procède d'une décision parce que toute activité humaine, qu'elle soit juridique ou matérielle, suppose au préalable une décision, plus ou moins consciente, plus ou moins formulée par son auteur. Le créancier décide d'exiger sa prestation de la part du débiteur. L'usufruitier décide de donner la chose à bail et d'en percevoir les fruits. Le *potentior*, lui, décide de décider. Autrement dit, il décide d'imposer son choix. Cette décision peut prendre de multiples formes. Accepter la succession purement et simplement ou à concurrence de l'actif net seulement, résilier le contrat, préempter un immeuble, se rétracter, sont autant de décisions qui font l'objet de droits potestatifs précisément parce que c'est *ce en quoi ils consistent*. Le droit personnel, pour sa part, ne consiste pas à décider mais à exiger. Seule cette exigence requiert en amont la décision d'exiger. Les droits réels consistent à agir sur un bien. Là encore, la décision d'agir est préalable : la décision d'user de la chose, par exemple, est aux origines de l'exercice du droit, mais elle ne constitue pas sa substance même. C'est l'action sur le bien qui détermine la consistance du droit qui permet sa réalisation. La puissance du droit potestatif renvoie, elle, à la décision qui en émane.

Cette conception de l'objet, à mi-chemin entre la théorie matérialiste et la théorie finaliste, permet de profiter des différents avantages de chacune et fait de la décision l'objet du droit potestatif. Cette proposition permet en outre de justifier les critères que la doctrine traditionnelle a identifiés (sujétion et inviolabilité), en leur donnant une nouvelle assise.

2) Le droit potestatif : droit de décider

128. **Conception renouvelée du droit potestatif à l'aune de la notion de décision.** Aux côtés du droit d'exiger une prestation et de celui d'agir sur un bien se trouve donc une autre catégorie de droit subjectif : le droit potestatif⁶¹⁸. Celui-ci se définit comme le droit d'imposer une décision, prise de manière unilatérale, qui a pour effet direct et automatique de créer, éteindre ou modifier une situation juridique qui intéresse en premier lieu son titulaire. La notion de décision est au cœur du mécanisme de cette catégorie de droits et l'analogie avec la prérogative contractuelle est évidente. Toutefois, la prérogative a un contexte restreint aux seules situations contractuelles. Les droits potestatifs peuvent concerner n'importe quelle situation juridique. La diversité des contextes dans lesquels agissent les droits potestatifs s'illustre, par exemple, par l'option successorale, par l'option fiscale ou encore par la faculté d'imposer une situation de servitude. La pluralité des droits potestatifs fait de la prérogative contractuelle une sous-catégorie de cette espèce de droits.

La proposition selon laquelle la décision est l'objet du droit potestatif est corroborée par l'absence de débiteur identifiée par Monsieur Najjar dans la structure des droits potestatifs, au premier rang desquels les droits d'option : « Il résulte que les personnes qui ne sont pas titulaires du droit d'option – mais que l'option intéresse, puisqu'elle a pour effet de les tenir à l'écart, ou au contraire de leur donner la possibilité d'opter à leur tour et d'acquérir certains droits – ne sont point tenues d'une obligation de donner. Ainsi, par exemple, de l'ancienne option de communauté : lorsque la femme y renonce, elle ne demande rien, n'exige rien, et nul n'est tenu à son égard d'une prestation quelconque. Il en va de même pour l'option successorale, où les héritiers de rang inférieur ne *doivent* aucune prestation au titulaire du droit d'option. Ce dernier a la qualité d'héritier et le droit de consolider ou de renoncer à cette qualité en vertu de la loi *elle-même* »⁶¹⁹. Si l'option de l'épouse a succombé face à l'émancipation de la gent féminine, l'option successorale a quant à elle survécu : elle est le droit de l'héritier de décider, dans les termes de l'alternative qui lui est soumise, s'il veut

⁶¹⁸ L'appartenance des droits potestatifs à la catégorie des droits subjectifs semble avérée. C'est à l'unisson, en effet, que la doctrine a établi le caractère subjectif des droits potestatifs : V. I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 10-105, p. 107-109 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 41, p. 45 : « Rien dans la structure du droit potestatif ne fait obstacle à son admission dans la catégorie des droits subjectifs ». *Contra* M. CASSIEDE, *Les pouvoirs contractuels*, op. cit., n° 238 et s., p. 264 et s.

⁶¹⁹ I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 16, p. 18. Adde R. LE GUIDEDEC, « Les options de l'héritier *ab intestat* », *Defrénois* 2017, n° 125z7, p. 425.

accepter purement et simplement la succession, à concurrence de l'actif net ou y renoncer⁶²⁰. Le droit potestatif ne se conçoit donc pas comme un lien d'obligation mais relève d'un mécanisme décisionnel. Les critères de sujétion et d'inviolabilité procèdent de ce mécanisme. Ces deux éléments ne s'apparentent plus à des critères indépendants de tout fondement mais s'annoncent comme les simples conséquences de l'objet de ces droits : la décision.

L'inviolabilité du droit potestatif découle de ce qu'il est un droit de décider. Cette caractéristique essentielle distingue le droit potestatif du droit de créance et du droit réel. La possibilité d'inexécuter une obligation n'est pas à démontrer – elle est consubstantielle à l'objet du droit de créance qui consiste à exiger une prestation. Il en va de même en matière de droit réel. Loin de soutenir qu'il donne naissance à une obligation passive universelle⁶²¹, il reste pourtant envisageable de violer un droit réel appartenant à autrui, « alors que l'inviolabilité est du principe et de la nature même du droit potestatif »⁶²². En effet, alors qu'il est possible en pratique de soustraire la chose à celui qui détient sur elle *l'usus*, il n'est pas concevable de soustraire à quelqu'un sa capacité de décision, celle-ci étant une abstraction pure. La sujétion ou passivité qui résulte du droit potestatif a, pour sa part, été distinguée de l'empiètement sur la sphère juridique d'autrui, ce qui a permis d'écarter la qualification de pouvoir. Le caractère personnel que revêt la décision empêche, par exemple, de caractériser comme des droits potestatifs les décisions prises par les dépositaires de l'autorité parentale concernant la situation juridique de l'enfant mineur ou encore les décisions judiciaires.

Le droit potestatif apparaît, en définitive, comme le droit du titulaire de décider de la modification d'une situation juridique à laquelle il est partie. Celle-ci peut intégrer la sphère juridique d'un sujet passif déterminé, ou non. Cette possibilité permet d'établir une distinction entre les droits potestatifs comme le fait le droit suisse. Les droits potestatifs se divisent ainsi entre droits potestatifs intro-actifs et droits potestatifs extra-actifs.

B. Place de la prérogative contractuelle dans la classification des droits potestatifs

129. La classification des droits potestatifs que nous proposons prend pour critère l'impact, direct ou indirect, que la décision a sur la sphère juridique d'autrui. Ainsi, le contexte de la décision, soit la situation modifiée, peut être partagé par le titulaire avec un sujet passif

⁶²⁰ Art. 768 C. civ.

⁶²¹ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 1906, n° 2159 et s., p. 701 et s.

⁶²² I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 99bis, p. 103.

déterminé - c'est toujours le cas dans une situation contractuelle - mais peut également se comprendre de façon générale. En ce sens, au sujet passif déterminé se substitue « la collectivité tout entière »⁶²³. On distingue ainsi les droits potestatifs intro-actifs, qui ne modifient directement que la situation de leur titulaire (1), des droits potestatifs extra-actifs, qui ont un effet direct sur la sphère juridique d'une autre personne. La prérogative contractuelle appartient à cette seconde catégorie (2).

⁶²³ L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente », *op. cit.*, n° 27.

1) Exclusion de la prérogative contractuelle de la catégorie des droits potestatifs intro-actifs

130. **Intersubjectivité du droit.** « Aucun homme n'est une île, une entité complète en soi »⁶²⁴. Par ces mots, le poète exprime ce que le juriste conçoit de façon certaine, comme l'impossible étanchéité des actions juridiques entre soi et autrui. Dabin a exprimé en termes éloquents la nécessaire condition d'altérité pour tout droit subjectif : « Isolé dans son île, Robinson a des biens mais pas des droits : que ferait-il de droits, puisqu'il n'a point d'adversaires à qui les opposer ? »⁶²⁵. L'intersubjectivité relève de la structure même du droit, que l'autre soit une personne déterminée, comme l'est le débiteur face au créancier, ou qu'il s'agisse de droits « absolus ». « Ces droits là aussi, quoi qu'il y paraisse, n'existent, à titre de droits, que par rapport à autrui ; si on ne le voit pas, c'est parce qu'autrui, en l'espèce, et à la différence de ce qui se passe dans l'obligation, n'est aucune personne déterminée, mais, de façon indistincte, tout le monde, hormis le sujet lui-même »⁶²⁶. L'effet du droit potestatif intro-actif se porte de façon directe sur la sphère juridique du titulaire du droit, et de façon indirecte sur tout le monde. Il n'en demeure pas moins que le mécanisme de décision juridique qui est intrinsèque à ce type de droits les classe parmi les droits potestatifs

Ces droits potestatifs ne connaissent pas de sujet passif déterminé. L'ensemble des sujets de droit reste soumis à la décision qui en constitue la substance, sans en subir néanmoins de conséquences directes sur leurs sphères juridiques⁶²⁷. Les droits potestatifs intro-actifs ne perdent pas les attributs communs à tous les droits potestatifs : ils doivent consister en une décision (objet du droit), entraînant la modification *lato sensu* d'une situation juridique donnée de façon directe et autosuffisante (effet du droit). Le critère distinctif repose sur le nombre de sphères juridiques, propres aux personnes, directement impliquées dans la

⁶²⁴ J. DONNE, « No man is an island », Méditation XVII, in *Devotions upon emergent occasions*, 1624.

⁶²⁵ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 94. Sur la notion d'altérité, V. A. SERIAUX, *Le droit : une introduction*, Ellipses, 1997, n° 21 et s.

⁶²⁶ *Ibid.* V. également, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 412 et s. Dans le même sens, G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 326-327.

⁶²⁷ La dichotomie proposée entre les droits potestatifs intro-actifs et extra-actifs rappelle la « théorie des deux sujets » avancée par certains auteurs au début du siècle dernier pour classer les droits subjectifs en deux catégories : les « droits absolus » pour lesquels le sujet passif est tout le monde et les « droits relatifs » qui connaissent un ou plusieurs sujets passifs déterminés. V. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 198 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 405 et s. ; E. ROGUIN, *La science juridique pure*, t. I, LGDJ, 1923, n° 83 et s., p. 113 et s. ; R. BRUGELLES, « Le droit et l'obligation ou le rapport juridique », *RTD civ.* 1909. 293, spéc. p. 299 et s.

situation juridique déterminée. Celle du titulaire du droit potestatif s'inscrit systématiquement au sein de ladite situation ; or il arrive qu'il n'y en ait pas d'autres. Ainsi de l'option successorale maintes fois citée, des options du conjoint survivant⁶²⁸, ou encore de l'option de nationalité. L'exercice de ces droits d'options n'a d'effet direct que sur la situation de leurs titulaires. De même, le choix du changement de nom d'un époux prévu à l'article 225-1 du Code civil s'apparente à cette catégorie de droit. En revanche, la conservation de l'usage du nom de l'époux en cas de divorce ne correspond pas à la catégorie globale des droits potestatifs, en ce qu'elle ne relève pas d'une décision mais d'une demande nécessitant l'accord du conjoint ou l'autorisation du juge⁶²⁹. Si les droits potestatifs intro-actifs sont moins nombreux que les droits potestatifs extra-actifs, leur existence n'en est pas moins réelle. Elle relève, par ailleurs, de l'évidence : quoi de plus normal que d'accorder aux sujets le droit de décider pour eux-mêmes lorsque l'incidence sur autrui est tout au plus indirecte ?

131. Sujétion et opposabilité. L'absence de sujet passif déterminé, auquel se substitue « la collectivité tout entière », pousse à s'interroger sur la réalité du critère de sujétion en matière de droits potestatifs intro-actifs. Cet aspect rappelle en effet l'opposabilité *erga omnes*, inaltérable attribut des droits réels. Passivité des droits potestatifs et opposabilité des droits réels ne doivent pourtant pas être assimilées. À cet égard, un auteur a dénoncé la polysémie du terme « opposabilité » et les confusions engendrées par celle-ci. Monsieur Danos distingue ainsi « l'opposabilité substantielle », inhérente au rapport entre les tiers et une chose déterminée et qui produit un effet juridique direct, de « l'opposabilité simple », analysée comme un fait pris en considération pour l'application d'une règle de droit⁶³⁰. L'opposabilité simple n'est donc pas propre aux droits réels ; il s'agit de l'opposabilité des actes juridiques en général. Si la sujétion ne peut être assimilée à l'opposabilité substantielle, il semble, en revanche, qu'elle puisse être traduite par la notion d'opposabilité simple en matière de droits potestatifs intro-actifs uniquement. L'absence de sujet passif déterminé, équivalente à l'absence d'effet direct sur la sphère juridique d'autrui, réduit en effet la distinction entre sujétion et opposabilité jusqu'à la faire disparaître. Autrement dit, la sujétion

⁶²⁸ Art. 757 C. civ. et art. 764 C. civ. ; Sur ce point, V. M. GRIMALDI, « Les options du conjoint survivant », *Defrénois* 2017, n° 126h2, p. 439.

⁶²⁹ Art. 264, al. 2 C. civ.

⁶³⁰ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., spéc. n° 180, p. 195. L'auteur considère que l'opposabilité substantielle ou *erga omnes* « constitue le droit de propriété, en tant que structure même », et fonde ainsi toutes les caractéristiques de ce droit (spéc. n° 209, p. 232-233). Cette opposabilité ne vise alors que des biens, susceptibles de faire l'objet de jouissances concurrentes (n° 200, p. 218). L'opposabilité simple s'analyse, en revanche, comme le simple devoir de respect des droits d'autrui.

se distingue de la simple opposabilité en ce que la personne qui y est soumise subit l'effet du droit sans pouvoir s'y opposer ; mais lorsque qu'il n'y a pas d'effet direct sur une sphère juridique déterminée, il n'existe aucune raison de qualifier autrement ce qui relève de l'opposabilité élémentaire de tous les actes juridiques. En matière de droits potestatifs extra-actifs à l'inverse, et particulièrement pour la prérogative contractuelle, la sujétion se distingue sans conteste de l'opposabilité simple.

2) Appartenance de la prérogative contractuelle à la catégorie des droits potestatifs extra-actifs

132. Les droits potestatifs extra-actifs impliquent qu'au moins un autre sujet que la personne du titulaire du droit soit directement concerné par son exercice, c'est-à-dire subisse personnellement la modification décidée. Cette définition suppose que la situation juridique, contexte du droit potestatif, ait non seulement une incidence directe sur la sphère juridique du *potentior* (condition *sine qua non*) mais également sur la sphère juridique d'un tiers, désigné comme sujet passif. En d'autres termes, la situation juridique est partagée par différents sujets, si bien que sa modification aura un impact sur plusieurs sphères juridiques et non pas seulement sur celle du bénéficiaire du droit. La diversité des droits potestatifs extra-actifs illustre l'importance de cette catégorie (a), au sein de laquelle les prérogatives contractuelles occupent une place spécifique (b).

a) La diversité des droits potestatifs extra-actifs

133. **Exemples de droits potestatifs extra-actifs.** Les droits potestatifs extra-actifs sont nombreux et transdisciplinaires. Ainsi, par exemple, de la reconnaissance de paternité ou de maternité issue de l'article 316 du Code civil. La décision a un impact direct, non seulement sur son auteur, mais également sur l'individu qui voit s'établir son lien de filiation. La catégorie des droits potestatifs extra-actifs s'illustre également dans la matière processuelle. Dans le domaine contentieux, le droit d'action en justice relève de cette qualification « en ce que le demandeur impose à son adversaire la qualité de défendeur avec toutes les conséquences qui s'ensuivent »⁶³¹. Il importe cependant de clarifier la modification

⁶³¹ F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *op. cit.*, n° 49, p. 738. Sur la qualification de l'action en justice comme droit potestatif, V. L. BOYER, *La notion de transaction, Contribution à*

visée par ce droit : il s'agit toujours de créer une situation juridique de litige dans laquelle le *potentior* s'octroie la qualité de demandeur et impose au sujet passif celle de défendeur. Néanmoins, la modification n'est en aucun cas l'issue espérée de l'action, laquelle est simplement demandée par le *potentior* mais dont la décision revient au juge. Ainsi, le droit potestatif d'action en nullité du contrat n'a pour effet direct ni d'annuler le contrat ni de modifier d'une quelconque façon la situation contractuelle, et n'est donc pas une prérogative contractuelle. En revanche il modifie la situation procédurale des parties en leur conférant les qualités de demandeur et défendeur et peut, en ce sens, s'inscrire parmi les droits potestatifs extra-actifs.

Les droits potestatifs extra-actifs trouvent également à s'exprimer dans le domaine du droit des biens. Dans nombre d'hypothèses, un bien se glisse dans une situation juridique et donne naissance à des droits⁶³². Tel est, par exemple, le cas de la mitoyenneté ou encore des servitudes ; or il apparaît que pour certains auteurs, ces dernières, traditionnellement classées parmi les droits réels, l'ont été à tort⁶³³. Ce propos mérite d'être nuancé. Sans nier le rattachement à la chose et par là-même la dimension réelle du droit, il semble que les deux catégories de droits subjectifs s'entrelacent. Ces droits particuliers peuvent être nommés droits potestatifs *propter rem*. Ceux-ci sont tous extra-actifs dans la mesure où leur exercice modifie un rapport entre titulaires de droits réels sur un même bien ou sur des biens voisins. La reconnaissance d'obligations réelles ou *propter rem*⁶³⁴ fonde l'analogie avec des droits

l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, op. cit., p. 61 et s ; L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente », op. cit., n° 27 ; E. JEULAND, *Droit processuel général*, Domat, Montchrestien, 2^e éd. 2012, n° 288, p. 286. Comp. G. WIEDERKEHR, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau code de procédure civile », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université de sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949.

⁶³² L'absolutisme de la propriété pourrait laisser croire que le droit potestatif se retrouve dans toutes les prérogatives du propriétaire sur sa chose. Loin s'en faut. Une situation juridique n'est pas un bien, et réciproquement. La situation juridique ayant été définie comme une situation de fait à l'égard de laquelle le droit positif a une attitude active par la mise en place d'un « complexe de droits et de devoirs, de prérogatives et de charges », le rapport du propriétaire à son bien doit en être exclu. La capacité décisionnaire et discrétionnaire du propriétaire à l'endroit de sa chose est précisément relative à l'attitude passive du droit objectif à son égard. Elle ne peut ainsi être assimilée à une situation juridique telle que nous l'entendons. On comprend dès lors que la notion de situation juridique est un élément à part entière de la définition de la catégorie des droits potestatifs et ne peut en être détachée. Par conséquent, la puissance décisionnelle de l'indivisaire, comme les mesures conservatoires qu'il peut prendre seul en vertu de l'article 815-2 C. civ., bien qu'elle s'impose aux autres coindivisaires, procède de son droit de propriété et ne semble pas devoir être affiliée à la catégorie des droits potestatifs.

⁶³³ En ce sens par ex., S. VALORY, *la potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 403, p. 241 ; F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », op. cit., n° 49, p. 737.

⁶³⁴ Sur ce point, V. J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. JOURDAIN, PUAM, 2002.

potestatifs de même nature dans ce qu'ils comportent d'*intuitu rei*⁶³⁵. Les droits potestatifs *propter rem* se définissent comme les droits potestatifs qui sont attachés à la qualité de propriétaire, ou plus généralement de titulaire de droits réels, sur un bien déterminé. Le point nodal est l'existence d'un lien étroit entre le droit en cause et la propriété du bien, ce qui implique par conséquent une transmission du droit *propter rem* avec le bien. La cession et l'acquisition forcées de mitoyenneté constituent des exemples de droits potestatifs *propter rem*. Elles s'analysent en une forme d'expropriation ou d'appropriation pour cause d'utilité privée⁶³⁶. Il s'agit d'imposer une propriété collective au propriétaire originaire dans le cadre de l'article 661 du Code civil⁶³⁷, ou à un « propriétaire malgré lui »⁶³⁸ en devenir. C'est alors davantage une décision que l'on impose au propriétaire voisin, modifiant le rapport de propriété entre deux personnes, qu'une décision sur la chose mitoyenne qui est ici en cause. La modification issue de la décision prise ne transforme pas le bien en lui-même mais la situation juridique qui organise les rapports de deux propriétaires voisins⁶³⁹. La qualification de droits potestatifs semble donc devoir s'imposer⁶⁴⁰. Néanmoins, ces droits, qualifiés de

⁶³⁵ V. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1307, p. 1296. Le critère de l'*intuitu rei* a fait l'objet de diverses appréciations. D'abord lié à la théorie de l'accessoire par Aubry et Rau, il a été communément admis que, sans être inexact, ce critère n'était pas suffisamment concret (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 446, p. 462). C'est pourquoi ces auteurs ont proposé de lui substituer la notion d'intérêt. Selon Monsieur Danos, ce critère se traduit par l'idée d'utilité. Il y voit un lien d'affectation fondé sur une finalité utilitariste, c'est-à-dire l'existence d'un but commun entre le droit de propriété sur la chose transmise, élément principal, et le droit *propter rem*, élément accessoire (V. F. DANOS, « La transmission des droits et des dettes *propter rem* », in *La transmission des obligations en droit français et en droit belge, Approches de droit comparé*, P. JOURDAIN et P. WERY (dir.), Larcier, 2019, p. 625). Monsieur Deshayes a, pour sa part, émis l'idée que le critère d'utilité devait être pris en compte et cumulé à celui de neutralité pour la transmission des droits et obligations *propter rem*, impliquant ainsi l'absence de conséquences néfastes pour les autres parties (V. O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004, n° 366 et s., spéc. n° 373, p. 324).

⁶³⁶ P. MALAURIE, L. AYNES, *Les biens, op. cit.*, n° 1021, p. 325.

⁶³⁷ En ce sens, F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 607. La Cour de cassation a pu définir la mitoyenneté comme « un droit de propriété dont deux personnes jouissent en commun » (Cass. Civ. 3^e, 20 juil. 1989, n° 88-12.883, *Bull. civ.* III, n° 173 ; RTD civ. 1990. 686, F. ZENATI). Le Conseil constitutionnel avait pour sa part préféré la notion d'indivision (Cons. Const., DC 12 nov. 2010, n° 2010-60 QPC), analyse qui fut vivement critiquée. V. en ce sens T. REVET, *RTD civ.* 2011. 144.

⁶³⁸ *Ibid.* Art. 663 C. civ. : « Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis ès dites villes et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus et, à défaut d'usages et de règlements, tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-deux décimètres de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres dans les autres. »

⁶³⁹ La décision est contraignante, directe et résulte de la seule manifestation de volonté du titulaire du droit, en démontrent les termes des articles 661 et 663 C. civ. (« Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen... » ; « chacun peut contraindre son voisin »).

⁶⁴⁰ Il est permis de faire une analogie avec l'expropriation pour cause d'utilité publique. Qualifiée de prérogative de puissance publique, il n'est jamais question, quand l'expropriation émane de l'État, de concentrer l'analyse de l'opération sur le caractère réel de son objet. Elle est d'abord la décision d'imposer à un propriétaire une cession et paraît, en ce sens, devoir être qualifiée de droit potestatif qui que soit son titulaire. La différence réside dans le

potestatifs, sont *intuitu rei* car étroitement liés au bien mitoyen. En effet, la transmission du fonds entraîne la transmission, par accessoire, du droit potestatif de cession ou d'acquisition de la mitoyenneté et emprunte, en ce sens, au régime des droits réels. En outre, le droit potestatif de mitoyenneté est octroyé à son titulaire en raison de sa qualité de propriétaire d'un fonds mitoyen avec un autre fonds. La cession forcée de mitoyenneté renvoie à la volonté d'un propriétaire de jouir pleinement de son fonds jusqu'à imposer la transformation d'un mur privatif de séparation en mur mitoyen⁶⁴¹. Cette décision a bien un effet direct sur la sphère juridique d'un sujet passif déterminé, le propriétaire voisin. Ainsi, les facultés de « mitoyenneté forcée » s'apparentent à des droits potestatifs extra-actifs *propter rem*.

La liste des droits potestatifs extra-actifs évoquée ne se veut pas exhaustive. Tous ont les caractéristiques habituelles des droits potestatifs et produisent leur effet modificateur sur des situations juridiques diverses. Tous, également, ont une source légale, éventuellement jurisprudentielle. Au sein des droits potestatifs extra-actifs existe, en outre, une autre catégorie de droits : les prérogatives contractuelles. Celles-ci tirent leur spécificité de deux caractéristiques qui leur sont propres, et qui rendent compte de leur richesse : d'une part, la situation modifiée est toujours une situation contractuelle ; d'autre part, les prérogatives contractuelles apparaissent comme les seuls droits potestatifs pouvant trouver leur source dans une stipulation contractuelle.

b) La spécificité des prérogatives contractuelles au sein des droits potestatifs extra-actifs

134. La prérogative contractuelle est un droit potestatif, qui a toujours pour objet une décision juridique dont l'exercice a pour effet la modification d'une situation, en l'occurrence contractuelle. Or, c'est précisément parce que le contexte de la prérogative contractuelle est une situation contractuelle que celle-ci doit être rangée parmi les droits potestatifs extra-actifs. En effet, toute situation contractuelle implique *a minima* deux sujets de droit et, par là même, deux sphères juridiques. De ce fait, la modification de la situation contractuelle a un impact direct sur une sphère juridique tierce et déterminée. Plus simplement, le droit potestatif qui

caractère collectif plutôt qu'individuel de la propriété en matière de mitoyenneté, quand il s'agit d'expropriation pour cause d'utilité publique.

⁶⁴¹ L'exercice du droit potestatif réel fait d'ailleurs naître une obligation *propter rem* à son titulaire qui se rend par là même débiteur d'une indemnité équivalente à « la moitié de la dépense qu'il a coûté, ou la moitié de la dépense qu'a coûtée la portion du mur qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti » ; cette obligation est estimée à la date de l'acquisition de la mitoyenneté. Réciproquement, l'acquisition forcée de la mitoyenneté impose au propriétaire voisin le partage du mur privatif dans les conditions fixées par l'article 663 C. civ. mais crée, cette fois, une obligation réelle de somme d'argent à la charge du sujet passif du droit potestatif qu'il ne faut pas confondre avec le droit lui-même.

s'exerce sur une situation contractuelle connaît nécessairement un sujet passif, identifié en la personne du cocontractant du titulaire du droit. Ainsi, la prérogative contractuelle doit être qualifiée de droit potestatif extra-actif qui prend pour contexte une situation juridique d'un type particulier, une situation contractuelle.

135. Le contexte : la situation contractuelle. La première particularité de la prérogative contractuelle par rapport à l'ensemble des autres droits potestatifs résulte du contexte dans lequel elle produit son effet. L'existence de droits potestatifs n'a, finalement, rien d'exceptionnel. Le constat de droits octroyant la puissance à leur titulaire de décider de la modification d'une situation qui les concerne est heureusement banal. Les situations juridiques n'ont pas vocation à rester figées et les contractants ne sont pas absorbés par le contrat une fois celui-ci conclu, au mépris de leurs intérêts. Quand bien même la décision produit également son effet modificateur sur autrui, il est autorisé de penser que le législateur a considéré légitime cette puissance au vu de la situation juridique en cause. Mitoyenneté, reconnaissance de paternité ou encore droit d'action en justice sont autant d'exemples qui l'attestent. La prérogative modifie, pour sa part, une situation contractuelle. C'est le premier trait caractéristique qui la distingue des autres droits potestatifs extra-actifs.

136. La pluralité de ses sources : l'hypothèse de la stipulation contractuelle. La seconde particularité de la prérogative contractuelle renvoie à ses fondements. S'il arrive que la source de la prérogative soit légale ou jurisprudentielle, il est courant qu'elle naisse de la simple volonté commune des parties à la situation contractuelle concernée. La prérogative contractuelle est le seul droit potestatif à pouvoir découler d'une stipulation contractuelle, ce qui implique d'accorder une attention particulière dans les situations d'adhésion⁶⁴². Les exemples de prérogatives d'origine conventionnelle sont légion : clause de fixation unilatérale du prix, clause résolutoire, clause d'agrément, clause de dédit, clause de mobilité, obligations facultative et alternative, clause de reconduction ou de prorogation unilatérale, sont autant de décisions juridiques qu'un contractant peut imposer sans que la loi l'ait expressément prévu. Une autre subdivision apparaît à la lecture de cet inventaire. Si toutes ces prérogatives sont stipulées par les cocontractants, certaines d'entre elles sont encadrées par la loi, tandis que d'autres ne font l'objet d'aucune disposition⁶⁴³. Ainsi, la légitimité naturelle du droit potestatif,

⁶⁴² V. *infra*, n° 271 et s.

⁶⁴³ La clause résolutoire fait désormais l'objet d'une disposition à l'art. 1225 C. civ., de même que les obligations alternative et facultative sont prévues aux art. 1307 à 1308 C. civ. La clause de fixation unilatérale du prix est

classiquement octroyé par le législateur, doit être remise en cause par la figure de la prérogative contractuelle qui, elle, peut résulter du simple contrat. Le paradoxe de l'assujettissement volontaire n'est, par ailleurs, pas éliminé par l'hypothèse d'une bilatéralité systématique dans l'octroi de la prérogative : la commutativité de ces droits potestatifs particuliers n'est pas de principe⁶⁴⁴.

137. Conclusion de la section. La prérogative contractuelle a été caractérisée comme un droit potestatif, dont la définition a pu être affinée par l'éclairage des doctrines allemande, suisse et italienne. Comme pour la prérogative contractuelle, la décision est l'objet du droit potestatif, pris dans son acception abstraite comme « ce en quoi consiste le droit ». Le droit potestatif se définit alors comme le droit de décider unilatéralement de la modification d'un élément dans une situation juridique déterminée. La prérogative contractuelle n'est qu'un type de droits potestatifs parmi d'autres. La diversité des situations juridiques illustre la pluralité des droits potestatifs, qui prennent vie dans différents domaines du droit et qui varient selon qu'un sujet de droit tiers soit ou non concerné par la situation juridique. Pour sa part, la prérogative est un droit potestatif qui prend pour contexte une situation contractuelle. De ce fait, elle a été qualifiée de droit potestatif extra-actif, qui se caractérise par l'existence d'un sujet passif déterminé intervenant directement dans la situation juridique modifiée. Il s'agit du cocontractant du titulaire de la prérogative contractuelle.

138. Conclusion du chapitre. Le processus de qualification des prérogatives contractuelles a permis de saisir l'essence de ce type de droits et, ainsi, d'exclure ce qui ne relevait pas de cette catégorie. Toutes les manifestations de l'unilatéralisme contractuel ne se caractérisent pas comme des prérogatives. Certaines relèvent des libertés, des pouvoirs ou des facultés de pur fait accordés aux sujets de droit. Les prérogatives sont des droits subjectifs qui confèrent à leur titulaire une puissance destinée à servir leurs intérêts individuels. La fonction des prérogatives est de permettre au *potentior* de modifier sa situation juridique. L'empiètement sur la sphère juridique d'autrui n'est que secondaire, en ce que ce tiers – sujet

autorisée par les art. 1164 et 1165 C. civ. Aucune de ces prérogatives contractuelles n'est toutefois imposée par le législateur, comme c'est le cas pour les droits de préemption, ou encore pour la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée (art. 1211 C. civ.).

⁶⁴⁴ Sur ce point, V. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », op. cit., spéc. p. 29. *Contra* M. POVOA, *L'unilatéralisme au sein du contrat, Regard brésilien sur la nature et le régime des prérogatives contractuelles unilatérales en droit français*, dir. Y. LEQUETTE, thèse dactyl. Paris II, 2019.

passif – participe lui aussi de la situation juridique modifiée. Il importe alors de comprendre pourquoi les contractants, et plus généralement le droit positif, accordent de tels droits.

139. **Conclusion du titre.** La notion de prérogative contractuelle a pu être cernée. Réalisée par un acte unilatéral parfait, elle se définit comme le droit d'imposer une décision qui modifie une règle contractuelle. Sa source est indifférente : d'origine légale, jurisprudentielle ou conventionnelle, la prérogative est contractuelle en raison du contexte dans lequel elle produit son effet, une situation contractuelle. Qualifiée comme un droit subjectif, l'exercice de la prérogative contractuelle n'exige pas la prise en compte de l'intérêt du cocontractant, sujet passif. Elle a vocation à servir les intérêts de son titulaire, le *potentior*. L'arbitraire n'est pas, pour autant, autorisé. La prérogative contractuelle est encadrée par des règles de validité et d'exercice qu'il convient d'explorer. Il faut, avant tout, tenter de comprendre pourquoi les parties et la loi accordent de tels droits.

TITRE 2 : ADMISSION DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE

140. La *potestas* contractuelle fait l'objet d'une défiance. L'admettre en son principe paraît transgressif au regard de la théorie classique⁶⁴⁵. La prérogative contractuelle s'oppose tant à l'exigence de consensus qu'à la règle d'intangibilité. Paradoxalement, les prérogatives sont répandues dans la pratique actuelle⁶⁴⁶. L'écart constaté pousse à s'interroger sur les raisons de l'antinomie supposée entre *potestas* et contrat. Cette question implique de comprendre sur quels fondements s'est construite la théorie du contrat. S'il s'avère que la prérogative va à l'encontre des principes de la matière, il faudrait conclure à sa prohibition, exception faite des prérogatives que le législateur a expressément prévues⁶⁴⁷. À l'inverse, si la cohérence de la prérogative avec la représentation moderne du contrat est consacrée, il sera possible de la reconnaître comme mécanisme de droit commun et d'envisager les besoins auxquels son existence répond. À l'étude, il apparaît qu'une transformation de la représentation du contrat s'est opérée. Originellement conçu comme hors du temps, le contrat n'est plus réduit au seul moment de sa création. Il est devenu une entité sensible à l'évolution des circonstances qui l'entourent. Partant, la prérogative contractuelle s'annonce comme un outil prompt à permettre l'adaptation du contrat dans sa phase d'exécution. Elle s'affirme comme l'expression du besoin de souplesse auquel les parties font face et s'apparente au mécanisme le plus adapté pour permettre une « appropriation du futur »⁶⁴⁸. L'engagement pris initialement ne doit pourtant pas s'en trouver atrophié. L'équilibre entre adaptabilité et respect de la parole donnée conduit à identifier une première catégorie de prérogatives prohibées. Cette interdiction repose sur l'intégrité du consentement octroyé. La liberté contractuelle connaît une seconde limite, propre à la protection des intérêts d'une partie en position de faiblesse. Ce constat conduit à l'admission de la catégorie des prérogatives contractuelles sous réserves de restrictions. La prérogative contractuelle est en principe permise (Chapitre 1), et interdite par exceptions (Chapitre 2).

⁶⁴⁵ « Le propos d'une théorie générale répond à l'idée d'une construction intellectuelle méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière déterminée », V. D. MARTIN, Préface de la thèse de J. DUCLOS, *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984 ; V. aussi E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, *op. cit.*, introduction, n° XIII, p. 9.

⁶⁴⁶ T. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit renoué des contrats », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 887, spéc. n° 3, p. 891.

⁶⁴⁷ A. ETIENNEY-DE SAINTE-MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 5 : « La consécration de la liberté contractuelle alliée à l'absence de disposition générale dédiée à la validité des prérogatives contractuelles pourrait dénoter un *a priori* positif du législateur : n'ayant pas expressément condamné ces prérogatives, il les aurait entérinées. Ce silence pourrait, à l'inverse, constituer un prudent refus de se prononcer sur la masse des incertitudes que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne sont parvenues à dissiper ».

⁶⁴⁸ J.-M. TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », in *Le droit et le futur*, *op. cit.*, p. 63

CHAPITRE 1 : LE PERMIS

141. L'existence des prérogatives contractuelles et, partant, leur admission dans la « théorie générale des contrats bien comprise »⁶⁴⁹ suppose de s'interroger sur les domaines respectifs du consensus et de la décision dans le contrat, dont les contours ont déjà été dessinés. La prérogative a été rattachée à l'étape de la réalisation du contrat, c'est-à-dire à ses phases d'exécution et d'expiration : pour modifier une règle contractuelle, encore faut-il qu'elle ait auparavant été créée. Loin d'être suffisant, cet argument n'évoque ni la raison d'être de la *potestas* contractuelle ni les limites de son admission. Se pose, en définitive, la question de la validité des prérogatives contractuelles dans le contrat⁶⁵⁰. Son intérêt n'est pas éclatant au premier abord. Il pourrait sembler superflu de traiter de ce sujet tandis que le Code civil consacre lui-même des prérogatives contractuelles, imité par quantité d'autres lois. La réalité empirique va certainement dans le sens de leur admission en droit positif. Pour autant, si la réception de certaines prérogatives par le législateur permet de les considérer isolément comme valables, qu'en est-il de la catégorie globale des prérogatives contractuelles et, dans une démarche prospective, de celles que la pratique inventera demain ? Brandir le fanion de la liberté contractuelle n'est pas d'une grande aide puisque des règles impératives, diffuses, la limitent aussitôt. La théorie du contrat convoque sans cesse l'idée d'accord des volontés à laquelle se rattache l'intangibilité de ce qui a été convenu. L'admission des prérogatives s'y heurte en tous points et révèle une contradiction entre la conception doctrinale du contrat et sa pratique. La tension entre consensus et décision s'étend à la confrontation entre immuabilité et modification du contenu contractuel. La confusion qui en ressort est patente. Il faut rendre à chacun de ces concepts sa juste place. Pour ce faire, l'étude de leurs fondements est nécessaire. La contradiction apparente de la prérogative à la théorie du contrat (Section 1) est dépassée grâce à la reconnaissance du besoin d'adaptation contractuelle (Section 2).

⁶⁴⁹ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, spéc. n° 5, p. 9.

⁶⁵⁰ Validité : « caractère de la norme ou de l'acte juridique auxquels on reconnaît, dans un ordre juridique donné, qu'ils ont les effets juridiques que leurs auteurs entendent leur conférer », V. « Validité », F. OST, *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, publié avec le concours du Centre national de la recherche scientifique, LGDJ, 2^e éd., 1993.

Section 1. Contradiction apparente de la prérogative contractuelle à la théorie générale du contrat

142. Le Code de 1804 affiche une indécision à l'égard de l'unilatéralisme contractuel. Le principe posé par le deuxième alinéa de l'ancien article 1134 du Code civil laisse penser que les rédacteurs étaient hermétiques à l'admission généralisée de la potestativité contractuelle. Cette disposition, associée à la prohibition de la condition potestative, n'a pas échappé à la doctrine de l'époque. Un rejet de principe de la prérogative contractuelle s'est alors institué. La conception classique du contrat a été construite sur des préceptes théoriques contraires tant à l'objet de la prérogative, la décision, qu'à son effet, la modification. La prérogative semble, dès lors, faire insulte au dogme contractuel traditionnel en ce qu'elle donne effet à une volonté solitaire pour briser un cadre originellement conçu comme inamovible. À bien y regarder pourtant, le Code Napoléon recense des prérogatives contractuelles, principalement dans les contrats spéciaux. En dépit des incertitudes dont témoigne le droit de 1804 (§1), la théorie générale du contrat qui a été élaborée à la suite de la codification paraît vivement s'opposer à la consécration de la prérogative contractuelle en dehors des formes expressément prévues par le législateur (§2).

§1. Incertitude du droit positif à l'égard de la prérogative contractuelle

143. Évoquer la réception du mécanisme de la prérogative contractuelle en droit positif suppose, au préalable, d'établir un état des lieux de ses manifestations. À cet égard, le Code civil offre, dès son origine, un foisonnement de dispositions légales conférant à un contractant le bénéfice d'un tel droit (A). Pour autant, ces prérogatives contractuelles ne semblent qu'instituer des exceptions au regard d'autres dispositions d'application plus générale (B).

A. L'existence de prérogatives contractuelles dans le Code Napoléon

144. Les termes de « prérogative contractuelle » font figures d'anachronismes au vu des dispositions du Code de 1804. Les codificateurs n'avaient à l'évidence pas en tête de

consacrer la notion. Toutefois, au regard de la définition précédemment établie de la prérogative contractuelle, il apparaît que le droit d'imposer une modification au contrat par le biais d'une décision unilatérale existait déjà à cette époque, notamment au sein des contrats spéciaux.

145. Les prérogatives contractuelles en droit des contrats spéciaux. Sans prétendre à l'exhaustivité, un rapide examen du droit des contrats spéciaux illustre l'existence de prérogatives contractuelles au sein du Code civil, dès sa promulgation. La faculté de révocation *ad nutum* offerte au mandant par les articles 2003 et 2004 du Code civil et le droit de renonciation du mandataire exprimé à l'alinéa 1^{er} de l'article 2007 du même code infirment l'idée que la prérogative contractuelle est récente. Tout au contraire, le droit de décider d'une modification existe en 1804 dans le régime du contrat de mandat⁶⁵¹. Une faculté de résiliation unilatérale est également octroyée au maître de l'ouvrage dans les marchés à forfait moyennant un dédommagement de l'entrepreneur par l'article 1794 du Code civil. De même, le droit du bail n'est pas imperméable à la potestativité. Les articles 1717 et 1736 du Code Napoléon en apportent la preuve⁶⁵². La première disposition confère au preneur le droit de céder sa position contractuelle et la seconde accorde à chacune des parties le droit de donner congé à l'autre lorsque le contrat est à durée indéterminée. S'ajoute l'article 1759 du même code, qui octroie le droit aux contractants de donner congé lorsque, à l'expiration du bail, le locataire d'une maison ou d'un appartement continue sa jouissance sans opposition du bailleur. En outre, le Code recèle des prérogatives contractuelles en matière de vente. L'article 1657 offre au vendeur de denrées et effets mobiliers la possibilité d'une résolution unilatérale de plein droit et sans sommation une fois expiré le terme convenu pour le retirement. La vente à réméré a pour caractéristique, aux termes des articles 1659 et suivants du Code civil, de permettre au vendeur de décider seul d'un anéantissement rétroactif du contrat. L'article 1587 subordonne, quant à lui, la conclusion définitive du contrat de vente à l'agrée (désormais associée à la vente à la dégustation) à l'appréciation subjective de l'acheteur relativement au bien vendu. De la sorte, ce dernier dispose d'une prérogative contractuelle lui permettant de décider seul de la formation définitive du lien contractuel.

⁶⁵¹ La validité du contrat de mandat malgré l'absence de détermination des honoraires constitue un autre exemple de prérogatives contractuelles. La règle découle d'une jurisprudence ancienne et a donné lieu à un pouvoir modérateur du juge. V. par ex. Cass. Req. 8 janv. 1890, *D.* 1891.1.22.

⁶⁵² L'article 1736 vise le bail « fait sans écrit », qui doit en réalité être assimilé au bail à durée indéterminée. V. P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 466.

La diversité des contrats spéciaux dont le régime légal comporte une ou plusieurs prérogatives contractuelles est significative. En effet, la justification de l'existence de la potestativité contractuelle ne peut pas être restreinte à la singularité de chacun de ces contrats. Certes, le mandat repose sur un postulat de confiance particulière entre les parties qui contribue à expliquer le droit de révocation du mandant. Néanmoins, cette justification ne saurait expliquer l'existence de facultés analogues dans d'autres contrats spéciaux, à l'image du contrat de marché à forfait. L'extinction unilatérale du contrat n'est pas l'apanage du mandat. De façon générale, la consécration légale de l'unilatéralisme en droit des contrats spéciaux implique la reconnaissance de sa légitimité par le législateur de 1804. Un constat similaire peut être fait en droit commun puisqu'il est possible de répertorier des prérogatives contractuelles, avec une occurrence plus exceptionnelle toutefois.

146. Existence exceptionnelle de prérogatives contractuelles dans le droit commun des contrats de 1804. Le Code Napoléon n'a pas totalement rejeté l'unilatéralisme en droit commun des contrats. Sans doute la différence est-elle notable en ce qui concerne le nombre de ses manifestations entre le Code de 1804 et celui de 2016, mais quelques consécutions du mécanisme apparaissaient au début du XIX^e siècle. Il en est ainsi, notamment, de l'obligation alternative. Elle est instituée à l'article 1189 en faveur du débiteur à défaut d'une déclaration expresse à l'avantage du créancier (article 1190). Son caractère alternatif lui confère le droit de décider de la prestation qui le libèrera et s'analyse en une prérogative contractuelle modifiant le contenu obligationnel du contrat⁶⁵³. La faculté de résiliation unilatérale des contrats de droit commun à durée indéterminée est issue, pour sa part, de la jurisprudence de la seconde moitié du XIX^e siècle⁶⁵⁴. Son origine est jurisprudentielle mais son ancienneté démontre sa vigueur. La faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée institue l'idée que, par-delà les contrats spéciaux, la perpétuité du rapport contractuel s'assimile à une féodalisation insupportable des parties au contrat⁶⁵⁵. Une autre jurisprudence mérite d'être rappelée : la reconnaissance de la pleine force obligatoire de la clause résolutoire selon les termes dans lesquels elle a été stipulée résulte

⁶⁵³ V. *infra*, n° 199.

⁶⁵⁴ À notre connaissance : Cass. Civ. 5 fév. 1872, *D.* 1873.I.63, *op. cit.* ; Cass. Civ. 4 août 1879, *D.* 1880.I.272, *op. cit.*

⁶⁵⁵ C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, préf. C. JAMIN, PUAM, 2006, n° 51 et s., p. 40 et s. : l'auteur nous apprend toutefois que son acception par la doctrine dix-neuviémiste n'a pas été unanime. Égal. B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse Paris II, 1973, p. 123 et s. ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995. 437, spéc. n° 3-9, p. 440-446.

d'un arrêt du 2 juillet 1860⁶⁵⁶. La clause s'analyse comme une prérogative contractuelle permettant elle aussi l'extinction du contrat⁶⁵⁷. Malgré tout, les manifestations de prérogatives contractuelles sont plus rares en droit commun que dans les contrats spéciaux. À cet appauvrissement notable s'ajoutent d'autres dispositions qui semblent *a priori* faire obstacle à l'admission généralisée de la prérogative contractuelle hors les cas spécifiquement prévus par la loi.

B. Le caractère dérogatoire des prérogatives contractuelles du Code Napoléon

147. **Le principe de consensus.** L'ancien article 1134 du Code civil a tiré sa renommée des alinéas premier et troisième⁶⁵⁸. Le deuxième alinéa a pourtant imposé l'idée qu'hormis les exceptions légalement prévues, seul le consensus permettait la modification du contrat. La croyance que seule l'expression unanime des volontés des parties pouvait affecter les règles contractuelles une fois celles-ci stipulées est accréditée par le libellé de la disposition. Les conventions « ne peuvent être révoquées que [du] consentement mutuel [de ceux qui les ont faites], ou pour les causes que la loi autorise ». Certes, la prérogative contractuelle a pour source soit la convention, soit la loi. Une autre lecture de la disposition était donc possible. Toutefois, s'est insufflé le dogme que le *mutuus consensus* trouverait son exact pendant dans le *mutuus dissensus*. Si, comme nous le verrons, cet effet de symétrie n'est plus conforme à la réalité du droit positif actuel⁶⁵⁹, l'interdiction faite aux parties de stipuler des prérogatives contractuelles est énoncée sans conteste par les rédacteurs du Code Napoléon. Elle s'est instaurée comme l'exclusion « de toute faculté unilatérale de révocation du contrat : aucun des contractants n'a le pouvoir d'imposer à son partenaire ni la mise à néant du contrat, ni même une simple modification de celui-ci. Le contrat est unilatéralement intangible »⁶⁶⁰. Par conséquent, l'exigence de consensus promue par cette disposition induit la prohibition de la

⁶⁵⁶ Cass. Civ. 2 juil. 1860, *D.* 1860. I. 284, *op. cit.* V. C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002. 901 : auparavant, les juges s'autorisaient à moduler la force obligatoire de la clause en accordant par exemple des délais au débiteur récalcitrant. Ce faisant, on appliquait la jurisprudence en vigueur sous l'Ancien Régime, nous apprend l'auteur. *Comp.* en l'absence de clause résolutoire, Cass. Req. 1^{er} déc. 1897, *D.* 1898.I.289 : « Attendu que s'il pouvait appartenir aux demandeurs de réclamer le paiement des sommes qu'ils prétendent leur être dues, et la résiliation aux torts et griefs du défendeur, des conventions intervenues entre eux et lui, ils ne pouvaient de leur propre autorité un contrat qui n'a pas cessé d'exister ».

⁶⁵⁷ V. *infra*, n° 190 et s.

⁶⁵⁸ V. not. J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *op. cit.* ; C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *op. cit.*

⁶⁵⁹ V. *infra*, n° 161 et s.

⁶⁶⁰ J.-L. AUBERT, *Le contrat, Droit des obligations*, Dalloz, 3^e éd., 2010, p. 104-105.

potestativité et, donc, de la prérogative contractuelle sauf cas expressément envisagés par le législateur.

L'idée d'une interdiction de principe de la prérogative contractuelle a été renforcée par la prohibition de la condition potestative. Instaurée par l'ancien article 1174 du Code civil, elle a constitué l'unique occurrence de la notion de potestativité dans le code, laissant ainsi croire au bannissement de la puissance de la volonté unilatérale dans le droit des contrats. Là encore, des exceptions peuvent être identifiées, notamment en ce qui concerne la vente à réméré et la vente à l'agréage précédemment citées. Cette analogie ne peut pas fonder leur illicéité, le champ de prohibition de la condition potestative étant beaucoup plus restreint qu'il n'y paraît⁶⁶¹. La jurisprudence a, en effet, eu l'occasion de qualifier la faculté de réméré de condition résolutoire, son caractère potestatif ne faisant aucun doute. Peu importe toutefois, le législateur ayant toute latitude pour déroger au principe apparemment établi au nom duquel le contrat serait uniquement régi par la volonté commune des parties. Ainsi, l'idée d'une prohibition de principe de la prérogative contractuelle hors les cas prévus par la loi s'est vue renforcer par la prohibition spécifique de la condition potestative. Finalement, la potestativité contractuelle ne serait acceptable que lorsqu'elle est prévue par la loi, à l'exclusion d'une stipulation par les parties.

En nombre notable dans les contrats spéciaux, les prérogatives contractuelles apparaissent en droit commun de façon très occasionnelle. L'exigence de consensus pour modifier ce qui a été inscrit dans le marbre contractuel contredit fortement l'hypothèse d'une validité de principe de la prérogative contractuelle. Ce rejet semble, de surcroît, entériné par la prohibition de la condition potestative. L'étude de la théorie générale du contrat, dans son acception classique, démontre que la doctrine traditionnelle a érigé, sur ces fondements, une conception du contrat hermétique à la libre stipulation de prérogatives contractuelles.

§2. Obstacles théoriques à la validité de la prérogative contractuelle

148. L'exigence de consensus est intimement liée au dogme contractuel classique. Dans cette conception, la notion de décision unilatérale est *a priori* incompatible avec la figure contractuelle puisqu'elle organise la transgression d'un principe présenté comme essentiel,

⁶⁶¹ V. *infra*, n° 249.

celui de l'accord des volontés⁶⁶². Plus encore, par les critiques portées à l'encontre de la théorie volontariste, l'adage selon lequel *qui dit contractuel dit juste* s'est effondré. Par conséquent, la stipulation de la prérogative contractuelle comme produit de la volonté commune des parties ne suffit pas à justifier son existence. Ainsi, la notion de décision contractuelle ressemble fort à un oxymore.

On ne saurait, en outre, ignorer le rapport conflictuel qu'entretient la modification unilatérale avec le principe d'intangibilité, si bien que, par-delà la notion de décision contractuelle, se pose la question de la modification du contrat. À cet égard, l'étude de la théorie générale est instructive, en ce qu'elle met en lumière le déni du dogme traditionnel face à l'écoulement du temps dans le contrat. Conçu comme un événement instantané, le contrat semble réduit à l'étape de sa formation. Nul besoin, alors, de modification. La prérogative contractuelle s'apparente, ainsi, à une violation de principes essentiels du droit des contrats tant dans son objet, la décision (A), que dans son effet, la modification (B).

A. La dialectique de la décision et du contrat

149. L'idée de « décision contractuelle » se présente au premier abord comme un paradoxe, inconciliable avec la théorie générale du contrat gouvernée par l'exigence de l'accord des volontés. La thèse de l'autonomie de la volonté pouvait laisser croire à la validité de toutes les stipulations contractuelles décidées par les parties (1). Pourtant, sa remise en cause quasi-immédiate, sinon concomitante, empêche de considérer que ce qui a été voulu est juste du seul fait d'avoir été voulu et, par là même, que ce qui a été voulu est valide. De la sorte, il semble impossible de défendre que la prérogative contractuelle – du moins celle d'origine conventionnelle – puise sa légitimité dans le seul fondement de son inscription dans la pierre du contrat par consensus des parties (2).

⁶⁶² Dans le même sens, T. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 890.

1) Exposé de la théorie de l'autonomie de la volonté

150. Décrite comme « l'un des principes les plus importants du droit civil »⁶⁶³, la théorie de l'autonomie de la volonté consiste, dans sa forme la plus neutre, à ériger la volonté en source de règles juridiques contraignantes pour ceux dont elle émane. C'est sur les limites que l'on pose à la puissance de la volonté que le débat s'est porté. Cette théorie n'est pas le produit d'une conception antique du contrat. Ce sont les modernes qui « ont aperçu l'essence du contrat dans la volonté concordante des parties »⁶⁶⁴. Telle peut se résumer l'autonomie de la volonté dans les actes juridiques plurilatéraux : la rencontre des volontés est une puissance créatrice, un démiurge, la fusion qui donne la vie au contrat⁶⁶⁵. Conformément à la philosophie des Lumières française et allemande, inspirée par les écrits de Grotius avec l'émergence de l'individualisme et avec l'image corrélatrice de l'individu raisonnable⁶⁶⁶, s'impose comme postulat l'idée que le contractant ne peut agir que de façon juste et conforme à ses intérêts⁶⁶⁷. En ce sens, l'homme n'appartient qu'à lui-même ; il est « un être entièrement autonome, qu'aucune volonté, autre que la sienne propre, ne peut commander »⁶⁶⁸. Ainsi, « à l'idée de *loi naturelle* s'est substituée celle de *liberté naturelle* »⁶⁶⁹. Dans cette conception, les volontés créatrices de droits contractuels produisent un résultat nécessairement juste pour quiconque en subit les effets⁶⁷⁰. *Hoc volo, sic jubeo ; sit pro ratione voluntas*⁶⁷¹ : « je le veux, je l'ordonne ; la raison c'est ma volonté ». De cette idée procède un autre axiome : dans la mesure où la

⁶⁶³ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, op. cit., p. 147. Adde R. BRUGELLES, « Le droit et l'obligation ou le rapport juridique », op. cit., spéc. p. 315 : « la théorie fondamentale du droit est celle de la volonté juridique ».

⁶⁶⁴ M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch. de philo. du dr.*, 1957, 87, spéc. p. 92 ; du même auteur *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, Dalloz, 2002, prés. R. SEVE, p. 271.

⁶⁶⁵ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, op. cit., ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-P. LEVY, PUF, 1980.

⁶⁶⁶ V. toutefois pour un tempérament de l'apport de Grotius à la doctrine consensualiste, G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit., p. 588 et s. ; sur l'apport des philosophes français et allemands, V. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, op. cit., p. 45 et s.

⁶⁶⁷ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, op. cit., p. 73. A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, Hachette, 2^e éd., 1885, p. 410 : « Qui dit contractuel dit juste ».

⁶⁶⁸ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, op. cit., spéc. n° 183.

⁶⁶⁹ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, op. cit., p. 34 : « Les individus humains sont conçus comme des êtres absolus, autonomes, qu'aucune volonté supérieure ne commande ; et l'on pose en principe que le droit doit ignorer s'ils ont une mission providentielle à remplir ou même simplement une mission sociale à exercer ».

⁶⁷⁰ Le principe de l'effet relatif des conventions est alors présenté comme un corollaire de la théorie de l'autonomie de la volonté. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, op. cit., spéc. n° 197 ; Adde A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit français*, thèse Strasbourg, 1938, n° 5, p. 8.

⁶⁷¹ JUVENAL, *Satires*, sat. VI, vers 223.

volonté humaine est omnisciente, les contractants sont tous placés dans une situation de parfaite égalité.

Caricaturale, cette présentation de la théorie de l'autonomie de la volonté qui ne souffrirait aucune limite ne semble pas avoir jamais fait l'objet d'une adhésion totale par la doctrine⁶⁷². C'est davantage par la voix de ses détracteurs que par celle de ses défenseurs qu'elle a émergé, et c'est sans doute à Gounot que l'on en doit la meilleure description et la critique la plus efficace. Dans son acception la plus radicale, le dogme volontariste permettrait au contrat de se passer de toutes les lois, du moins de celles qui protègent les intérêts particuliers des contractants. Si l'homme est omniscient, si ce qu'il contracte sert nécessairement ses intérêts, tout encadrement est inutile et *a contrario* toute stipulation contractuelle est valable. À l'évidence, tel n'est pas le cas.

2) Le rejet du dogme volontariste, fondement de l'antinomie apparente entre la prérogative contractuelle et le contrat

151. Critiques du dogme volontariste. La toute-puissance de la volonté a fait l'objet de forts tempéraments, parmi lesquels les travaux de Kelsen, Gounot et Rouhette font référence. Le premier de ces auteurs réfute l'autonomie de la volonté à la faveur d'un positivisme sans appel. Ainsi, ce n'est que « dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (la loi ou une norme coutumière) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur »⁶⁷³ que le procédé créateur issu de la rencontre des volontés peut avoir lieu. Autrement dit, la volonté ne dispose pas d'autonomie dès lors que son caractère obligatoire résulte de la loi. D'ailleurs, si la volonté est requise pour créer le lien contractuel, elle ne suffit pas à le défaire, si bien que « en dehors du fait de la conclusion de la convention, [...] il doit exister encore quelque chose d'autre ; que la convention ne peut pas être seulement le fait, qui se compose des manifestations de volonté de deux ou plusieurs sujets, puisque la convention subsiste, même si un de ces sujets n'a plus la volonté manifestée lors de

⁶⁷² En ce sens, P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelles », *op. cit.*, n° 1, p. 101.

⁶⁷³ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *op. cit.*, spéc. p. 47.

la conclusion »⁶⁷⁴. En d'autres termes, exiger l'expression de volontés concordantes doit s'analyser comme une « procédure conventionnelle »⁶⁷⁵, rien de plus.

Gounot s'est également élevé contre le culte de la volonté en droit privé : « la volonté n'est ni la cause efficiente ni la cause finale du droit ; elle n'en est que la cause instrumentale »⁶⁷⁶. En ce sens, explique-t-il, le principe énoncé par l'ancien article 1134, repris au nouvel article 1103 du Code civil, « ne repose aucunement sur le concept abstrait de l'autonomie de la volonté mais sur une présomption de justice »⁶⁷⁷. Elle doit, toutefois, s'analyser en une présomption simple. Volonté n'est pas raison, ce que démontrent l'émergence des contrats d'adhésion ou l'hypothèse de la lésion. Dans le même sens, l'apparition de la psychologie et les travaux des économistes du XX^e siècle, notamment ceux d'Herbert Simon, ont fait tomber en désuétude le mythe d'une rationalité omnisciente qui guiderait l'individu sur le chemin d'un comportement objectif, fait de choix en information parfaite⁶⁷⁸. Dès lors, la volonté individuelle ne peut plus être considérée comme systématiquement conforme aux intérêts du sujet ; l'homme ne fait pas toujours ce qui est bon pour lui. Cette dimension n'est pas inconnue du droit positif. Seule la volonté rationnelle est prise en compte par le droit⁶⁷⁹ à condition qu'elle réponde à l'ordre public prévient l'article, désormais numéroté 1102, du Code civil. Alors, explique Gounot, le législateur ne se réduit pas à un « distributeur » de liberté contractuelle et le juge n'est pas le vassal des termes de la convention. Lorsque la volonté n'est pas conforme à la justice, c'est la première qui doit être étouffée au profit de la seconde. Le respect des bonnes mœurs n'est plus à l'ordre du jour et semble oublié des controverses contemporaines mais l'équité et la justice contractuelles font toujours l'objet de vifs plaidoyers. Elles sont conçues comme les conditions *sine qua non* de la puissance de la volonté, s'appuyant sur les propos de Domat⁶⁸⁰, de Pothier⁶⁸¹ ou de Portalis⁶⁸². Elles s'expriment

⁶⁷⁴ H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *op. cit.*, spéc. p. 63. Égal. A. SERIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 7, spéc. n° 5, p. 10.

⁶⁷⁵ H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *op. cit. et loc. cit.*, p. 63

⁶⁷⁶ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, *op. cit.*, p. 450.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ H. A. SIMON, *Administrative behavior (a study of decision-making process in administrative organization*, New-York, The Free Press, 3^e éd. 1976 ; C. QUINET, *De la rationalité limitée à la rationalité procédurale, La formation du concept de la rationalité procédurale chez Herbert Simon*, dir. H. BROCHIER, th. Paris I, 1992.

⁶⁷⁹ La volonté rationnelle est ici entendue au sens de Gounot, c'est-à-dire par opposition à la volonté identifiée comme très sûrement irrationnelle, à l'image de celle des personnes incapables.

⁶⁸⁰ J. GHESTIN, « Jean Domat et le Code civil français », in *Mélanges en l'honneur de R. Sacco*, 1993, d'après J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *op. cit.*, n° 207.

⁶⁸¹ POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 33 : « L'équité doit régner dans les conventions ». Précisons toutefois que cette phrase, régulièrement citée, s'insère dans un développement sur la lésion.

dans le droit positif au travers de mécanismes tels que le forçage du contrat⁶⁸³. Malgré des dissensions doctrinales sur le degré de prise en compte qui doit être accordé à chacun de ces principes, il semble unanimement admis que le vouloir juridique doit, d'une part, être distingué du vouloir réel, sans quoi la théorie des vices du consentement ou la lésion seraient lettre morte et, d'autre part, que le vouloir juridique doit être encadré par un ordre public garant du bien commun⁶⁸⁴.

Rouhette va plus loin encore. C'est sur la question du fondement de la force obligatoire du contrat qu'il conteste la souveraineté de la volonté en droit privé. Réfutant la volonté du débiteur autant qu'une éventuelle obligation morale à tenir sa parole, il avance l'idée que le droit positif pose comme fondement la force obligatoire du contrat, non au regard du débiteur mais en considération du créancier⁶⁸⁵. La notion de volonté n'est pas l'essence du contrat. À celle-ci se substitue la notion d'intérêt « ou, plus juridiquement, d'amélioration de la condition juridique »⁶⁸⁶. Ainsi, dans cette conception, le contrat serait obligatoire, car créateur de normes bilatérales conformes aux intérêts de chacun⁶⁸⁷. Il entraînerait une confiance légitime chez le cocontractant⁶⁸⁸.

Face aux critiques de la conception volontariste du contrat et plus encore à la méfiance qui s'est instituée au regard de la rationalité des décisions prises par les individus, il serait envisageable de conclure à un rejet de la prérogative contractuelle, du moins lorsqu'elle est d'origine conventionnelle. Par simple effet de bon sens, il est *a priori* ardu de justifier l'octroi, par le sujet passif, d'une puissance décisionnelle à autrui permettant de l'assujettir en se dispensant de son consentement pour opérer la modification projetée. À cet égard, il serait tentant de déclarer irrationnel tout sujet passif qui consentirait une puissance décisionnelle à son cocontractant. Le contrat n'a pas vocation à organiser des servitudes volontaires. Par ailleurs, la prérogative a pour effet la modification d'une norme contractuelle et, partant,

⁶⁸² PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, op. cit., p. 49 : « La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique ».

⁶⁸³ Sur ce point, V. L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *D.* 1933. 89 ; L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* Mars 1998. 69.

⁶⁸⁴ La conception du bien commun fait toutefois l'objet de fortes divergences selon les auteurs. Si tous s'accordent à soutenir la nécessaire conformité du contrat au bien commun, ce dernier peut être associé, selon les tendances, à une conception morale affiliée à l'idée d'équité (en ce sens par ex., P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit.) ou à une conception économique dans laquelle « l'intérêt général est satisfait par la somme des intérêts individuels garantis » (O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, op. cit., n° 410, p. 172).

⁶⁸⁵ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit., p. 409 et s.. Rouhette se fonde explicitement sur les travaux de Gorla pour expliquer sa théorie, mais émet certaines réserves au sujet de la confiance légitime, *Adde* J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, op. cit., spéc. n° 215.

⁶⁸⁶ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit. n° 222, p. 633.

⁶⁸⁷ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, op. cit. et loc. cit., p. 636.

⁶⁸⁸ En ce sens déjà, E. LEVY, « La confiance légitime », op. cit.

déroge à l'intangibilité qui lui est traditionnellement associée. Par-delà la difficulté à consacrer le mécanisme de décision unilatérale dans le cadre contractuel, une contradiction apparaît entre la possibilité de modifier les termes du contrat initialement convenus et la conception classique du contrat.

B. Le rapport historique du contrat au temps

152. La modification suppose un changement ultérieur par rapport aux règles contractuelles originellement stipulées. L'idée de modification implique donc de concevoir le contrat comme une entité sujette au temps, or l'étude de la théorie traditionnelle démontre à l'inverse une vision achronique du contrat. Sa description comme « acte de prévision »⁶⁸⁹ ne convainc pas : « À bien des égards, le contrat classique est moins un acte de prévision qu'une tentative désespérée de conservation. Il ne vise pas à accompagner un avenir indéchiffrable mais à le nier »⁶⁹⁰. Le principe d'intangibilité qui l'habite constitue le signal principal du rejet d'une évolution possible de son contenu. Le contrat est présenté comme immuable dans toutes ses stipulations (1). La transformation des rapports économiques et sociaux au XX^e siècle a permis de faibles évolutions. Progressivement, des situations contractuelles particulières ont fait l'objet de plaidoyers pour la reconnaissance de leur dimension temporelle – très circonscrites toutefois (2).

1) *La conception classique*

153. **Le temps est changements.** Concevoir le contrat par rapport au temps suppose d'appréhender ce que cette notion, des plus abstraites, signifie dans la perspective historique que nous engageons. Il n'est pas question de traiter de l'introduction d'une durée dans le contrat⁶⁹¹ ; la présente discussion concerne les raisons pour lesquelles celui-ci a été

⁶⁸⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit et loc. cit.*, p. 106 : le contrat est « l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits en les intégrant d'avance dans un acte de prévision ». H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*,

⁶⁹⁰ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, n° 9, p. 218.

⁶⁹¹ Sur ce point, V. C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, *op. cit.*, n° 30 et s., p. 31 et s. ; A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, *op. cit.* ; A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, spéc. n° 28, p. 63 : « l'analyse du temps comme le simple cadre de l'exécution ne permet pas d'appréhender son rôle dans l'opération économique portée par le contrat : notamment, si la durée est parfois qualifiée d'élément essentiel du contrat à exécution successive, c'est simplement au sens où l'exécution ne peut s'accomplir sans la durée, et non parce que la durée serait un élément du contenu du contrat ».

originellement conçu comme hors du temps⁶⁹². Le temps signifie le changement ; or le contrat a été présenté comme une entité imperméable aux évolutions qui l'entourent, hermétique à toutes formes d'incertitude une fois le stade de sa formation dépassé. « Notre thèse, écrit Monsieur Ost, est que la pensée juridique se représente la genèse de l'effet obligatoire, de la *vis obligandi*, comme un moment sans durée, un pur instant de raison. Effet magique par excellence, qui assure à l'acte juridique une validité toute formelle qui le garantit contre les pièges et l'usure du temps »⁶⁹³. Dans le même sens, Monsieur Libchaber explique que « toute la force du contrat tient dans une sorte d'effort désespéré : il s'agit bien moins pour les parties d'épouser les conditions d'un imprévisible avenir que de tenter de lui imposer celle d'un présent épaissi, obstinément maintenu. Le contrat nie l'inconnu sans se donner jamais les moyens de l'accompagner au jour le jour »⁶⁹⁴. Bourdieu fait un constat similaire : « le futur est d'emblée synchronisé avec le présent, le moment de la signature du contrat est télescopé avec le moment où le contrat sera exécuté : le temps est totalement annulé »⁶⁹⁵. Plus qu'une indifférence face aux transformations initiées par la traversée du temps, même le plus court, ce constat pousse à s'interroger sur les motivations à ériger un contrat figé⁶⁹⁶.

154. Le temps est destructeur. Les rapports de l'*homo juridicus* au temps semblent avoir été empreints d'une forte méfiance. Le temps, porteur d'incertitudes et de changements, est néfaste, vecteur de troubles sociaux. Il faut lutter de toutes les façons possibles contre les effets de ce « dieu Chronos qui dévore ses enfants »⁶⁹⁷. Ripert dénonçait, avec un certain excès, le statisme des faiseurs de droit dont l'appartenance à la classe bourgeoise ne ferait que renforcer un immobilisme rassurant⁶⁹⁸. Le temps contre lequel il faut lutter est comme le serpent de Paul Valéry : « Je suis Celui qui modifie »⁶⁹⁹. Un auteur décrit en ce sens l'attitude des juristes de l'Ancien Régime : « [ils] attendent du droit qu'il fournisse les moyens de

⁶⁹² En ce sens par ex., G. ROUHETTE, « La révision conventionnelle du contrat », *RID comp.* 1986. 369, n°1 ; M. FABRE-MAGNAN, « Introduction », in *La relativité du contrat*, Association Henri Capitant, t. IV, LGDJ, 2001, p. 1, spéc. p. 8 ; F. OST, « Temps et contrat, Critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, *op. cit.*, p. 137, spéc. p. 146 et s. ; C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *La nouvelle crise du contrat*, *op. cit.*, p. 7, spéc. p. 12 ; A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, spéc. n° 8 et s., p. 48 et s.

⁶⁹³ F. OST, « Les multiples temps du droit », *op. cit.*, p. 115, spéc. p. 126.

⁶⁹⁴ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, n° 17, p. 224. V. aussi, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au XX^e siècle*, *op. cit.*, p. 301, spéc. n° 3, p. 304.

⁶⁹⁵ P. BOURDIEU, *Anthropologie économique*, Cours au Collège de France 1992-1993, Seuil, 2017, p. 83.

⁶⁹⁶ Pour des synthèses sur l'appréhension générale du temps par le droit, V. F. TERRE, « Une synthèse », in *Le droit et le futur*, *op. cit.*, p. 1 ; F. OST, « Les multiples temps du droit », *op. cit.*

⁶⁹⁷ G. BERGER, *Phénoménologie du temps et prospective*, PUF, 1964, p. 193.

⁶⁹⁸ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, n° 1, et s.

⁶⁹⁹ P. VALÉRY, « Ébauche d'un serpent », *Charmes*, 1922 ; Ripert cite explicitement ce vers, *op. cit.*, n° 3, p. 10.

pérenniser les avantages acquis, de maintenir les positions et les fortunes au-delà des siècles. Ils s'y montrent d'autant plus attachés que les limites de la vie humaine et les équilibres économiques précaires rendent les individus et les possessions peu solides, toujours menacés. [...] Le temps est un obstacle dont le droit rend possible le franchissement »⁷⁰⁰. Il importe donc avant tout de résister au temps et à sa versatilité. En ce sens, « le droit construit le temps »⁷⁰¹.

155. Conception instantanéiste du contrat⁷⁰². Au travers du Code civil, se lit la conception instantanéiste du contrat : pour elle, seul compte le « coup de foudre contractuel »⁷⁰³, « l'instant de raison »⁷⁰⁴, forme de lumière nuptiale qui unit les consentements et, du même coup, les aliène. En ce sens, l'immutabilité du contrat constitue « l'une des rares dispositions consacrées au temps par la théorie générale du contrat »⁷⁰⁵. Cette immutabilité cristallise son contenu, peu important que des circonstances extérieures en bouleversent l'équilibre⁷⁰⁶. Le traditionnel rejet de la théorie de l'imprévision est un exemple éloquent de cette perception abstraite du contrat réduit à « l'étincelle magique » qu'est la rencontre des consentements⁷⁰⁷. Aussi, si le droit « dans sa meilleure définition, est certainement la plus gigantesque entreprise de domination du temps jamais tentée par l'homme »⁷⁰⁸, celle-ci passe peu ou prou, dans la théorie contractuelle classique, par une pure fiction consistant à en nier l'existence.

Par la suite, les théories économiques sur le libre-échange apparues à la fin du XVIII^e siècle tempèrent l'absolutisme de la perpétuité, qui se présente parfois comme une entrave à la liberté. C'est de cette évolution que découle l'introduction dans le Code Napoléon de quelques prérogatives contractuelles, notamment dans les contrats spéciaux. Les rédacteurs du code sont toutefois marqués par les désordres de l'époque révolutionnaire : « ils aspirent à la

⁷⁰⁰ A. CABANIS, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 171, spéc. p. 172.

⁷⁰¹ P. MALAURIE, « L'homme, le temps et le droit. La prescription civile », in *Études offertes au Professeur P. Malinvaud*, Litec, LexisNexis, 2007, p. 393, spéc. n° 2.

⁷⁰² V. J. HAUSER, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *Religion, société, politique, Mélanges en l'honneur de J. Ellul*, PUF, 1983, p. 503 ; égal. T. REVET, « La prise d'effet du contrat », *RDC* 2004. 29, spéc. p. 31 et s. R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, p. 211.

⁷⁰³ F. OST, « Les multiples temps du droit », *op. cit. et loc. cit.*, p. 128.

⁷⁰⁴ F. OST, « Les multiples temps du droit », *op. cit. et loc. cit.*, p. 126 ; A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, n° 9, p. 48.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ *Ibid.* L'auteur parle, à ce, titre d'une conception spiritualiste du contrat : « la norme née de la volonté souveraine s'impose instantanément et se place hors du temps, en ce qu'elle est destinée à durer tant qu'une autre norme n'y sera substituée », *op. cit.*, n° 10, p. 50.

⁷⁰⁷ *Ibid.*

⁷⁰⁸ J. HAUSER, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *op. cit.*, p. 507.

stabilité des institutions, à la pérennité des fortunes, à la perpétuité des rapports sociaux »⁷⁰⁹. Le rejet d'une temporalisation du contrat va de pair avec sa description : le contrat est une situation éphémère, à exécution immédiate⁷¹⁰, au point que Demogue se demandait « si le plus sage ne serait pas d'interdire toute opération juridique à longue durée »⁷¹¹. Cela explique peut-être l'érection de la vente comme « modèle cognitif »⁷¹² du contrat, alors que le Code Napoléon regorge de contrats spéciaux qui s'étalent dans le temps. Le contrat « court » résiste, par définition, aux effets du temps : nul besoin d'envisager des modifications lorsqu'il s'épuise instantanément. Cette conception a des conséquences pratiques. Le contrat de longue durée est craint, le contrat de courte durée privilégié. Les parties se protègent ainsi contre les risques de l'immuabilité contractuelle : « on veut pouvoir faire face aux circonstances nouvelles. On se réserve, c'est le règne du provisoire et de l'instable »⁷¹³.

2) Les évolutions

156. La transformation des rapports économiques a fait évoluer la pratique contractuelle. C'est notamment au travers des liens entre entreprises que le modèle classique a été remis en question. La mutation des rapports sociaux a également produit la théorie du contrat relationnel. Pour autant, aucun changement réel sur les principes gouvernant le droit des contrats ne s'est imposé si bien que, malgré de maigres évolutions, le dogme contractuel classique a perduré : aucune prise en compte réelle du temps dans le contrat n'a pu être affirmée. Le contrat est resté achronique, c'est-à-dire qu'il est hermétique à l'écoulement du temps, donc aux changements et à leurs conséquences. En d'autres termes, le contrat n'est pas temporalisé ; il procède de la fiction d'un présent perpétuel, imperméable à toutes formes d'évolution, qui fige son existence à l'instant de sa création.

157. **Évolution des modèles économiques et « contrats en cours »**⁷¹⁴. La fin des *Trente Glorieuses* est marquée par un tournant économique important. Depuis le milieu du

⁷⁰⁹ A. CABANIS, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », *op. cit.*, p. 183.

⁷¹⁰ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004. 47, spéc. n° 1.

⁷¹¹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 180.

⁷¹² C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *in* « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Dr. et patr.* N° 58, 1998, p. 50, p. 52 ; V. égal. R. LIBCHABER, « Les effets du contrat », *op. cit.*, n° 14.

⁷¹³ R. DEMOGUE, « Des modifications au contrat par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 262.

⁷¹⁴ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *op. cit.*, spéc. n° 14 : la notion de « contrat en cours » traduit l'idée que, « quel que soit le mode d'exécution – instantané, successif ou échelonné – le seul fait

XIX^e siècle, le modèle économique dominant est celui des grandes firmes à intégration verticale (dites également « entreprises de Modèle T ») dont les plus illustres se nomment Ford, General Electric, IBM, Levi Strauss ou Renault. La fin des années 1970 amorce un changement majeur dans la stratégie d'entreprise et le modèle de croissance. Des politiques d'externalisation à grande échelle voient le jour, dans une logique de recentrage sur l'activité clé de l'entreprise⁷¹⁵. Le choc pétrolier de 1973 et le ralentissement de la croissance qui s'ensuit, le bond technologique qui s'opère ainsi que les réticences des investisseurs accentuent la lutte concurrentielle qui se joue dans des domaines de plus en plus spécialisés. L'idée apparaît que « pour faire mieux, il faut aussi faire moins »⁷¹⁶. Ce mouvement de cessions d'activités touche de la même façon l'ensemble des corps de métiers considérés comme périphériques au sein d'un groupe. Logistique, comptabilité ou informatique : le recentrage est aussi organisationnel⁷¹⁷. On assiste à une fragmentation massive de la chaîne de production, de la conception du produit à sa commercialisation. Le changement est radical : avec les processus d'externalisation, « les liens de propriété sont remplacés par des liens contractuels entre entreprises indépendantes »⁷¹⁸. En conséquence, l'autarcie dont bénéficiaient les entreprises succombe au profit d'une dépendance extrême avec d'autres entreprises, sous-traitantes, dont les fonctions au sein de la chaîne de production deviennent essentielles. L'évolution de la pratique contractuelle, qui ne peut plus se contenter de contrats instantanés, se comprend dès lors aisément et se généralise. « La pratique contractuelle actuelle, interne comme internationale, fait apparaître la fréquence de contrats dont l'exécution se déroule sur une longue durée. Que l'on pense, par exemple, au contrats de franchise, de concession, de distribution ; aux contrats d'approvisionnement, de fourniture ; aux contrats cadres en général ; aux contrats de réalisation de grands chantiers, de livraison d'usines "clé en main"

que l'exécution des obligations principales intègre le temps et ne s'épuise pas immédiatement suffit à influencer sur le sort du contrat ».

⁷¹⁵ L. BATSCH, *Le capitalisme financier*, La Découverte, 2002, p. 41 -51 ; S. BERGER, *Made in Monde, les nouvelles frontières de l'économie mondiale*, Ed. du Seuil, 2006, p. 81-118 ; P. VELTZ, *La grande transition, la France dans le monde qui vient*, Ed. du Seuil, 2008, spéc. p. 43- 45.

⁷¹⁶ L. BATSCH, *Le capitalisme financier*, *op. cit.*, p. 42.

⁷¹⁷ *Ibid.* Égal. El MOUHOUB MOUHOUD, *Mondialisation et délocalisation des entreprises*, La Découverte, 2011, p. 26-28.

⁷¹⁸ S. BERGER, *Made in Monde, les nouvelles frontières de l'économie mondiale*, *op. cit.*, p. 86. La mise en place de ce système modulaire atteint les résultats escomptés. Chaque entreprise, à l'origine de l'externalisation ou nouvelle-née issue de cette petite révolution, développe une activité spécifique. S'ensuit un allègement des coûts d'investissement (l'entreprise n'achetant que les équipements nécessaires à son unique activité, rationalisant sa production et fournissant plusieurs clients), un moindre risque de surproduction, l'augmentation de la capacité à rester concurrentiel sur le marché (notamment dans les secteurs à mutation rapide tels que l'électronique ou l'informatique) mais également un gain de temps. « Parce que Apple a conçu un produit qui combine des composants déjà fabriqués par d'autres, l'Ipod a pu passer du stade de concept à celui de produit en moins d'un an » nous apprend S. Berger (*op. cit.*, p. 100).

ou de transfert de technologie, etc., tous s'exécutent sur une longue période»⁷¹⁹. S'impose finalement l'idée que la sécurité et la stabilité des transactions passent par des relations contractuelles durables. Au contrat court se substitue le contrat *en cours*⁷²⁰.

158. L'appréhension du temps par le développement du contrat relationnel. Ce constat se fait l'écho de la théorie des contrats relationnels, dont l'Américain Ian R. Macneil est le chef de file⁷²¹. S'opposerait ainsi au *discrete contract*, qui « implique un échange aveugle des prestations et disparaît aussitôt épuisée son utilité immédiate », le *relational contract*, « qui se greffe sur un véritable rapport social et comporte une certaine densité dans le temps »⁷²². La théorie du contrat relationnel a pour premier objet critique l'exigence de « présentation », c'est-à-dire la tendance de la théorie classique à vouloir « rendre présents (actuels) tous les éléments de l'avenir contractuel afin qu'ils soient maîtrisés dès la conclusion du contrat »⁷²³. Le contrat de longue durée est néanmoins traité comme une catégorie spécifique, pour laquelle l'incomplétude et la flexibilité devraient être admises à titre exceptionnel. La flexibilité contractuelle renvoie à la possibilité de modifier un élément du contrat préalablement fixé lors de sa conclusion. L'incomplétude s'apparente au fait de laisser volontairement une incertitude au moment de la formation du contrat, qui sera levée ultérieurement, lors de son exécution. Toutefois, la doctrine relationnelle s'est surtout attachée à la qualité du lien qui unit les parties. Le contrat relationnel s'opposerait alors au contrat impersonnel⁷²⁴. À cet égard, la notion de contrat relationnel repose davantage sur la spécificité de la relation des parties que sur la reconnaissance d'une temporalité contractuelle⁷²⁵. Madame Boismain, réfutant le critère de la durée pour identifier la catégorie, a proposé celui de la

⁷¹⁹ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *op. cit.*, n° 23.

⁷²⁰ Un recul progressif de la conception instantanéiste est alors notable, par exemple par la prise en compte par le droit positif de la période précontractuelle, sans pour autant consacrer une véritable temporalisation du contrat. V. A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, n° 18, p. 55.

⁷²¹ V. C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2005, spéc. n° 107 et s., p. 86 et s. *Adde* not. I. R. MACNEIL, *The new social contract, An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980 ; « A Primer of Contract Planning », *Southern California Law Rev.*, 1975. 627 ; « Contracts : Adjustments of Long-Term Economic relations Under Classical, Neoclassical and relationnal Contract Law », *Northwestern Law Rev.* 1978. 854. Mme Boismain explique toutefois que le contrat relationnel qui trouve ses origines dans les sociétés primitives est familier à la culture japonaise notamment (n° 110 et s. p. 88 et s.). En ce sens également, A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », *op. cit.*, spéc. p. 52 : « L'idée qu'un contrat passé à un moment donné puisse lier pour l'avenir quelles que soient les circonstances à venir et le préjudice causé par son exécution est étrangère à la culture japonaise et lui répugne profondément. Elle est contraire aux règles du *giri*, règles du savoir-vivre qui tissent entre les hommes des liens flexibles et pérennes adaptés au cours changeant des êtres ».

⁷²² H. MUIR-WATT, « Du contrat relationnel », *in La relativité du contrat*, *op. cit.*, p. 169.

⁷²³ H. MUIR-WATT, « Du contrat relationnel », *op. cit.*, p. 173.

⁷²⁴ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, *op. cit.*, n° 212 et s., p. 168 et s.

⁷²⁵ En ce sens égal. Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006. 1003, spéc. p. 1006.

difficulté pour une des parties au moins à trouver un partenaire équivalent, ce qui se traduit par la difficulté à quitter la relation⁷²⁶. Le critère serait donc celui de la dépendance d'au moins un contractant à l'égard de l'autre.

159. Critiques de la théorie du contrat relationnel. Les détracteurs de la théorie n'ont pas manqué de dénoncer l'imprécision de ses critères, son caractère a-juridique, ou de questionner son utilité même⁷²⁷. Tout contrat ne serait-il pas relationnel ? Comment caractériser la dépendance qui justifierait un traitement spécifique, une entorse à l'édifice contractuel classique ? Pour autant, une autre difficulté nous occupe. La théorie du contrat relationnel est constitutive d'un progrès eu égard à l'acceptation de l'incertitude dans le contrat mais elle réduit cette hypothèse aux seuls contrats constitutifs d'une interdépendance entre les parties. L'acceptation de l'incertitude contractuelle est donc très relative. Il faut conclure que « l'appareil conceptuel consacré au temps était assez squelettique au XIX^e siècle et s'est finalement assez peu enrichi depuis »⁷²⁸.

Pourtant, la prise en compte du temps doit concerner l'intégralité des contrats indépendamment du type de relations qu'entretiennent les parties et, ce faisant, intégrer la théorie générale du contrat. Tous peuvent être concernés par les besoins de flexibilité et d'incomplétude, hormis ceux qui se consomment au moment de leur naissance. Ces derniers s'apparentent le plus souvent aux contrats de la vie quotidienne, dont la formation, l'exécution et l'extinction se concentrent en une seule étape, en un moment éphémère. L'achat d'une baguette de pain chez un boulanger constitue un exemple topique. Les contrats de courte durée sont, en revanche, concernés par la nécessité d'être temporalisés : même pour une durée d'existence de quelques semaines, l'adaptation peut être vertueuse. C'est le cas d'une promesse unilatérale de vente qui encadre le droit d'option conféré au bénéficiaire pendant un bref délai. C'est aussi le cas d'une vente à la dégustation ou d'une « vente avec test commercial et faculté de remboursement », toujours conclues pour un temps court. Accorder un temps de réflexion au bénéficiaire de l'option et introduire un droit de regret en faveur de l'acheteur, même de quelques jours, constituent des prérogatives contractuelles qui

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ V. H. MUIR-WATT, « Du contrat relationnel », *op. cit.*, p. 174 et s. ; Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *op. cit.* ; égal. J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *op. cit.*, n° 27 et s., qui énumère les différentes critiques traditionnellement opposées à la théorie.

⁷²⁸ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, n° 25, p. 61.

permettent au *potentior* d'adapter la situation contractuelle à sa situation en temps voulu. En d'autres termes, quelle que soit sa durée, le contrat n'a pas besoin de procéder d'une relation particulière pour être temporalisé. Seul le contrat instantané échappe au besoin d'adaptation.

160. Conclusion de la section. Malgré le recensement d'un nombre substantiel de prérogatives contractuelles dans le Code Napoléon, notamment dans les contrats spéciaux, certaines dispositions du droit commun des contrats ont fait croire au rejet de principe de la *potestas* contractuelle. Ce faisant, les prérogatives contractuelles instaurées par le législateur sont apparues comme des exceptions à la prohibition de principe de cette catégorie de droits. Ces dispositions ont par ailleurs participé au développement d'une conception intemporalisée du contrat, c'est-à-dire imperméable au temps et aux changements qu'il entraîne. Partant, le besoin de permettre sa modification – qu'elle soit ou non le fait d'une décision unilatérale – est écarté, et la prérogative contractuelle apparaît inutile. « La théorie générale du contrat devrait puiser davantage dans la matière des contrats spéciaux, plus concrète, plus réaliste », recommandait Carbonnier⁷²⁹. L'évolution de la notion de contrat a amorcé une transformation dans sa conception. Originellement présenté comme un acte de prévision, le contrat s'est progressivement tourné vers l'avenir, conçu comme un acte d'anticipation⁷³⁰. Si historiquement, « la vie juridique révèle une aspiration à la longue durée, voire à la perpétuité », « au regard de la conception bergsonienne du temps comme création constante de nouveau, cette cristallisation figée qu'entraînerait la perpétuation de l'état de droit actuel supprimerait la vie même »⁷³¹. Ainsi, la nécessité d'appréhender le contrat comme un outil temporalisé et, par conséquent, propre à évoluer s'est progressivement imposée. Finalement, c'est admettre la dimension anthropomorphique du contrat que reconnaître l'incertitude inhérente à l'avenir et ses interférences possibles avec la situation contractuelle.

⁷²⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 934.

⁷³⁰ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 15, p. 11. Adde J.-C. HALLOUIN, *L'anticipation, Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, thèse Poitiers, 1979 ; A. SERIAUX, « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, *op. cit.*, p. 77, spéc. n° 5 et s., p. 78 et s. ; Égal. H. BARBIER, « Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle », *RTD civ.* 2018. 379.

⁷³¹ P. HEBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *op. cit.*, spéc. p. 21. Adde H. BERGSON, *L'évolution créatrice*, Paris, 3^e éd., 1907.

Section 2. La prérogative contractuelle, produit de la reconnaissance du principe d'adaptation du contrat

161. Le tempérament de la théorie de l'autonomie de la volonté et la remise en cause récente de la conception instantanéiste du contrat supposent d'envisager la place qu'occupe désormais l'exigence de consensus dans la situation contractuelle. En effet, le consensus fait nécessairement obstacle à la prérogative contractuelle, conçue comme l'expression d'une volonté unilatérale. Cependant, dès lors que le contrat est appréhendé comme une entité perméable au temps, il devient possible de distinguer les différentes étapes de son existence, de sa création à son exécution jusqu'à son extinction. La force contraignante de l'exigence de consensus varie selon le stade auquel se trouve la situation contractuelle : d'ordre public à l'étape de sa formation, elle dégénère en simple règle supplétive de volonté lors de son exécution. Ainsi, l'entreprise de temporalisation du contrat permet de faire évoluer sa conception : au contrat « acte de prévision » s'est ajouté le contrat « acte d'adaptation », dont la prérogative contractuelle est un outil privilégié. En effet, « prévoir c'est voir avant. Adapter suppose de voir après »⁷³². La prérogative a ainsi pour fonction de permettre l'adaptation du contrat en temps voulu. Dans cette conception renouvelée du contrat, l'admission de la prérogative contractuelle se trouve consacrée par sa légitimité⁷³³ (§1). L'analyse des diverses prérogatives contractuelles couramment admises en droit positif permet d'entériner leur consécration au stade de l'exécution de la situation contractuelle (§2).

§1. La nécessaire admission de la prérogative contractuelle

162. Si l'on est revenu de la croyance en des volontés toujours rationnelles, comment admettre la libre stipulation de droits ayant pour objet une décision, donc un assujettissement ? Le rejet de cette conception de la volonté humaine ne doit pas se traduire par une défiance systémique du vouloir des contractants. La stipulation de prérogatives contractuelles traduit l'intérêt que les parties y trouvent. Leur légitimité est le produit de l'évolution de la conception du contrat, induite par la profonde transformation des rapports

⁷³² O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, *op. cit.*, n° 189, p. 85.

⁷³³ La légitimité de la prérogative dépasse sa validité formelle au sens kelsenien, c'est-à-dire sa non-contradiction à la norme supérieure. Elle renvoie à la « validité axiologique » comme « validité des actes ou des normes [...] appréciée par référence à une table de valeurs méta-positives », sans se départir d'un aspect factuel qui poursuit la recherche de l'utilité de la règle pour investir l'espace de sa « validité empirique ». V. M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensées par les contraires », *RDC* 2006. 679.

économiques et sociaux dans la seconde moitié du XX^e siècle. La situation contractuelle ne doit plus être vue comme une entité étanche aux bouleversements du temps. De la sorte, le contrat n'apparaît plus comme un événement instantané mais se décompose selon les diverses étapes de son existence, qui répondent à des règles différentes. La décision s'avère alors conciliable avec la figure contractuelle une fois l'étape de sa création dépassée (A). Par ailleurs, l'existence du contrat étant justifiée par son utilité pour les parties, celui-ci doit pouvoir être adaptable à leurs besoins, par nature évolutifs. L'analyse des différents mécanismes d'adaptation rend compte de l'intérêt que présente la modification unilatérale par opposition aux techniques traditionnelles fondées sur le consensus. Elle incite à voir dans la prérogative contractuelle le moyen le plus efficace de conserver la maîtrise de la situation contractuelle (B).

A. Légitimité de la décision contractuelle

163. Caractériser le contrat comme lieu de consensus permanent est le fruit d'une vision désuète. Dès lors que sa phase de formation ne se confond plus avec celle de son exécution, l'exigence de *mutuus* n'a plus la même valeur selon qu'elle vise un *consensus* ou un *dissensus*. Il apparaît que la rencontre des volontés ne s'impose comme principe d'ordre public que lorsqu'elle a vocation à créer *ex nihilo* une situation contractuelle nouvelle. La reconnaissance de la décision en son sein, de sa légitimité et de sa place dans la théorie actuelle du contrat, résulte ainsi d'une dissociation des phases du contrat. Cette dissociation n'est toutefois rendue possible que par l'abandon de la conception instantanéiste du contrat au profit d'une vision dynamique (1). Par ailleurs, l'effondrement des préceptes issus de la théorie volontariste – notamment de l'idée selon laquelle *qui dit contractuel dit juste* – ne doit pas conduire à une défiance généralisée. Il serait faux de considérer que toute stipulation en faveur de l'une des parties au contrat est le résultat d'un rapport de domination que le droit positif ne saurait tolérer. À ce sujet, l'attribution d'une prérogative contractuelle à un cocontractant s'impose comme la reconnaissance d'un intérêt légitime et prend place dans un jeu de négociation dont les règles ne doivent pas être méprisées dès lors que ni violence, ni rapport déséquilibré n'est identifié (2).

1) La décision au stade de l'exécution de la situation contractuelle

164. Réalisation matérielle et contenu contractuel⁷³⁴. La distinction entre exécution et formation du contrat eu égard à l'exigence de consensus se retrouve dans la différence de traitement accordée à la potestativité. Selon qu'elle touche à la condition ou à une règle contractuelle indifférente de l'étape de création du contrat, la potestativité ne peut être vue comme équivalente. Si la condition potestative est une règle de création⁷³⁵, le droit potestatif contractuel est une règle d'exécution. Dès lors que la situation contractuelle est née, c'est qu'elle a été consentie par unanimité des parties. L'étape de sa création est alors dépassée. La prérogative contractuelle s'inscrit, pour sa part, au sein des règles d'exécution du contrat, comprise dans leur dualité⁷³⁶. En effet, la mise en œuvre de la prérogative relève en premier lieu de la réalisation matérielle de ce qui a été originellement prévu, soit par la loi, soit du fait des parties. La prérogative est un droit contractuel que le *potentior* exerce. Elle est, en ce sens, une exécution scrupuleuse du contrat. Néanmoins, la décision a pour fonction d'organiser un changement par rapport à ce qui a été convenu en modifiant une règle primitive du contrat. La prérogative est donc à la fois la pure réalisation d'un droit présent lors de la formation du contrat et paradoxalement la modification d'une règle du contrat durant son exécution. La prévision réside alors dans la faculté d'adaptation. Par ce mécanisme, les parties en situation contractuelle s'actualisent, sans se réinventer. La décision contractuelle consiste certes en la re-formation d'une règle contractuelle mais n'est possible que dans la mesure de l'exécution d'une autre règle contractuelle (ou d'une norme légale si la prérogative a été conférée par la loi). La prérogative participe indéniablement d'une œuvre de planification et s'analyse en une expression du contrat où se mêlent l'acte d'adaptation et l'acte de prévision⁷³⁷.

⁷³⁴ Sur cette distinction, V. A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, n° 28, p. 62, et *La durée de la prestation*, *op. cit.*, n° 29 : l'auteur plaide pour une double dissociation, à la fois chronologique entre l'étape de formation et celle d'exécution du contrat, mais aussi conceptuelle entre le contenu du contrat et sa réalisation matérielle. Cette dichotomie peut être rapprochée de la dualité de la distinction entre formation et exécution contrat identifiée par O. PENIN (*La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, *op. cit.*, n°5, p. 2 et n° 586 et s., p. 252 et s.). Selon cet auteur, si l'exécution s'analyse en une réalisation scrupuleuse de ce qui a été formé (fonction substantielle), elle est aussi et de manière corrélative une scission qui ventile les règles et les sanctions propres à chacune de ces étapes. Ce second aspect peut être rapproché du contenu, par opposition à la seule réalisation matérielle des règles fixées au jour de la formation. Toutefois, selon cet auteur, la distinction du contenu et de la réalisation matérielle s'inscrit au sein même de la distinction de la formation et de l'exécution du contrat. V. *infra*, n° 231.

⁷³⁵ V. *infra*, n° 233.

⁷³⁶ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n°5, p. 2.

⁷³⁷ Rappr. O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, *op. cit.*, n° 644, p. 277 : « bien loin d'attenter à la force obligatoire, à la distinction de la

165. **L'admission de la prérogative contractuelle n'est pas contraire au tempérament de l'autonomie de la volonté.** Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le rejet de l'autonomie de la volonté n'empêche pas l'admission de la décision contractuelle. Gounot s'est étonné de ce que « sous prétexte de respecter ma volonté libre, on vienne à me contraindre à accomplir aujourd'hui ce que j'ai promis hier [...]. Ne serais-je pas plus libre aujourd'hui s'il dépendait de moi d'exécuter ma promesse ou de ne pas l'exécuter ? – Mais c'est votre volonté d'hier qu'on vous impose ! – Et ma volonté d'aujourd'hui ? N'est-elle pas aussi respectable et sacrée ? »⁷³⁸. Monsieur Pénin a également démontré que le rejet du dogme volontariste passe par le refus de sacraliser l'étape de la formation du contrat au profit d'une volonté mouvante, conforme à une conception dynamique du contrat⁷³⁹. Certes, le pire serait à craindre et la catastrophe probable si l'on en venait à consacrer l'exigence d'un renouvellement continu, « en temps réel », de la volonté au détriment de la force obligatoire du consentement irrévocablement donné ; mais – et c'est le propre du mécanisme initié par la prérogative – lorsque la volonté d'hier envisage et organise le mouvement d'une volonté actuelle, la difficulté est dépassée.

2) *L'octroi d'une puissance décisionnelle par reconnaissance d'un intérêt légitime*

166. Le bouleversement de l'équilibre contractuel a été envisagé sous l'angle de la théorie de l'imprévision⁷⁴⁰, de l'économie du contrat voulue par les parties⁷⁴¹ ou encore par le biais de la théorie de la cause⁷⁴². Nombre d'auteurs ont plaidé pour la prise en compte de ces changements pour réviser le contrat. C'est toutefois par le biais d'une intervention judiciaire

formation et de l'exécution du contrat et au contrat acte de prévision, la prévision de la modification en est une expression ».

⁷³⁸ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, op. cit., p. 345.

⁷³⁹ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, op. cit., n° 395 et s., p. 166 et s.

⁷⁴⁰ Sur cette notion, V. L. AYNES, « L'imprévision en droit privé », *RJ com.* 2005. 397 ; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit. ; C. MENARD, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », op. cit.

⁷⁴¹ Sur cette notion, V. not. S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004 ; J. MESTRE, « L'économie du contrat », *RTD civ.* 1996. 901 ; P.-Y. GADHOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. ROUSSEAU, Dalloz, 2008, n° 156 et s., p. 147 et s. ; J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000, chr. p. 382 ; A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP G* 2001. I. 300.

⁷⁴² Sur cette notion, V. par ex., J. GHESTIN, « En relisant *De la cause des obligations* de Henri Capitant », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 115 ; X. LAGARDE, « De l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007. 740 ; C. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008. 2441.

que le principe de modification a été principalement envisagé⁷⁴³. Il est surprenant que ce principe, laissé cette fois à la volonté des parties sans l'intervention d'un tiers, suscite la méfiance. L'explication paraît résider dans la défaveur contemporaine que traverse le concept de volonté. Seul un juge impartial serait à même d'assurer de tels changements, peu importe le coût et la durée des procédures, sans quoi toute forme d'équité serait nécessairement supprimée. Pourtant, « cette acception du temps dans l'exécution du contrat intensifie le rôle des parties »⁷⁴⁴.

167. ***Bis repetita placent***. L'effondrement du mythe égalitaire du contrat ne doit pas se traduire par la croyance que tout rapport contractuel place les contractants dans une relation structurellement déséquilibrée, au sein d'un lien féodalisé. Si tel était le cas, on peut présumer que le concept même de contrat n'aurait pas perduré ; or, l'étude des prérogatives contractuelles démontre leur caractère coutumier⁷⁴⁵. Ni exceptionnelles, ni atypiques, celles-ci sont, dans leur grande majorité, considérées comme relevant de l'évidence et se trouvent dans la plupart des actes juridiques. Rares sont les contrats qui y échappent. « C'est une règle bien connue de l'évolution du droit que les clauses répondant à des besoins pratiques s'introduisent d'abord dans les contrats sur l'heureuse initiative de praticiens prudents, de contractants prévoyants »⁷⁴⁶. Sauf à considérer l'ensemble des agents contractuels comme une masse grégaire incapable de penser par elle-même, il convient de reconnaître que l'introduction de la prérogative contractuelle en droit positif n'est pas le fruit d'un assujettissement tyrannique. Elle répond, au contraire, à une utilité pratique manifestement tolérable pour les parties. Le principe d'utilité identifié par Bentham trouve ici une application. Comme l'exprime cet auteur, « c'est l'utilité du contrat qui en fait la force »⁷⁴⁷, et la prérogative contractuelle s'avère être un mécanisme permettant à son bénéficiaire d'assurer la continuité de l'utilité du contrat au temps de son exécution. « Chacun se constitue juge de son utilité ; cela est et cela doit être ; autrement l'homme ne serait pas un agent raisonnable : celui qui n'est pas juge de ce qui

⁷⁴³ Ainsi en est-il de l'article 1195 C. civ. qui impose une obligation de renégociation. En cas de refus ou d'échec toutefois, seul le juge sera à même d'adapter le contrat. Sur la renégociation et l'intervention du juge, V. P. CATALA, « La renégociation des contrats », *Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 91 ; J. CEDRAS, « L'obligation de renégocier », *RTD com.* 1985. 265 ; D. MAZEAUD, « Renégocier ne rime pas avec réviser ! » *D.* 2007. 765 ; D. HOUTCIEFF, « L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances », *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2004, p. 5.

⁷⁴⁴ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, n° 20, p. 227.

⁷⁴⁵ V. *infra*, n° 176 et s.

⁷⁴⁶ R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 262.

⁷⁴⁷ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, préf. M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST, E. DE CHAMPS, 1802, Dalloz, 2010,

lui convient est moins qu'un enfant, c'est un idiot »⁷⁴⁸. Ainsi, prohiber par principe la prérogative contractuelle serait une règle liberticide confinant à la condescendance la plus totale.

168. Reconnaissance de la légitimité de la prérogative contractuelle comme œuvre de volontés rationnelles. « Avant de dire que les accords contractuels créent une obligation et qu'ils sont légitimes – donc qu'ils préservent la liberté de chacun – il faudrait [...] établir qu'ils sont conclus dans un contexte qui possède les caractéristiques nécessaires pour que l'on puisse considérer les contrats qui y sont passés comme légitimes, et en particulier que les différents contractants y disposent de pouvoirs de négociation au moins relativement équivalents », écrit-on en philosophie politique⁷⁴⁹. Dans la doctrine économiste, le rejet du mythe d'une rationalité omnisciente de l'individu n'a pas conduit à l'idée que toute décision prise par les sujets serait impulsive et par là même irrecevable. À la théorie d'une rationalité humaine objective s'est substitué le concept de rationalité procédurale, produit d'un temps de réflexion approprié empêchant tout comportement impétueux⁷⁵⁰. Assimiler cette théorie à la conception juridique du contrat revient à considérer favorablement la stipulation de prérogatives contractuelles, vue comme l'œuvre de volontés rationnelles, dès lors qu'aucune des parties n'est soumise à l'impossibilité factuelle ou structurelle de discuter les termes du contrat⁷⁵¹. Cette condition, posée dans des termes d'économistes, se retrouve dans la définition du contrat d'adhésion au second alinéa de l'article 1110 du Code civil. Il est défini comme contenant un ensemble de clauses soustraites à la négociation et déterminées par avance par l'une des parties. Ce faisant, l'article 1171 du même code opère une restriction particulière, empêchant d'ériger en principe la consécration des prérogatives contractuelles⁷⁵². *A contrario*, les contrats de gré à gré sont ceux qui ont pu faire l'objet de négociations selon l'article 1110, ce pourquoi la prérogative contractuelle doit y être admise de manière générale. En effet, « si les parties ont négocié la clause ou ont été en mesure de le faire, un contrôle extérieur de leur volonté ne se justifie plus : chacune a jugé de son intérêt ; si elle l'a mal défendu, tant pis. Le droit s'en accommode, car la liberté contractuelle est fondamentalement

⁷⁴⁸ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, op. cit., spéc. p. 22.

⁷⁴⁹ J.-F. SPITZ, « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007. 281.

⁷⁵⁰ H. A. SIMON, *Models of bounded rationality*, Vol. 2, Chap. VIII, M.I.T. Press, 1982 ; C. QUINET, *De la rationalité limitée à la rationalité procédurale*, op. cit., p. 40 et s.

⁷⁵¹ À l'inverse, la privation de cette possibilité doit être vue comme le signe distinctif d'un risque de déséquilibre dans le rapport contractuel et doit, par conséquent, faire l'objet d'un traitement spécifique. V. *infra*, n° 271 et s.

⁷⁵² *Ibid.*

celle de faire des mauvaises affaires »⁷⁵³. C'est que l'intérêt du contractant n'est pas une réalité tangible, c'est une opinion. Il est multiforme et peut être fractionné : intérêt financier ou économique, intérêt stratégique, intérêt affectif, sont autant de composantes qui peuvent s'affronter ou se compléter dans une même situation, chez un même sujet de droit⁷⁵⁴. Dès lors, seule la voix de l'intérêt compte, c'est-à-dire celle par laquelle il s'exprime : le contractant ou à défaut son représentant, le législateur ou le juge. Elle peut être appréciée et reconnue comme pertinente ou non ; mais c'est lorsque cette voix ne peut pas se faire entendre que le législateur doit prendre le relai. Ainsi, « le pouvoir unilatéral légitime d'un contractant est celui qui lui est donné par une clause du contrat issue d'une réelle volonté bilatérale des contractants »⁷⁵⁵.

169. Équilibre contractuel. Par-delà son utilité pratique d'adaptabilité du contrat – car, après tout, ce qui est utile n'est pas nécessairement légitime⁷⁵⁶ –, la stipulation de la prérogative participe de l'équilibre contractuel. Madame Fin-Langer décrit ainsi le concept d'équilibre contractuel : il « représente l'idée selon laquelle le contenu juridique et économique du contrat se trouve dans un état de repos et/ou d'harmonie et le reste malgré l'influence de forces extérieures sur ce contenu »⁷⁵⁷. L'équilibre s'analyse relativement à l'ensemble des éléments du contenu contractuel et non pas au vu des seules obligations caractéristiques⁷⁵⁸. Il en ressort que la prérogative contractuelle, lorsqu'elle est d'origine conventionnelle, résulte d'un jeu de négociations consistant à accorder au cocontractant un avantage, dans une optique de réciprocité. Cette dernière ne s'entend pas toujours de la stipulation bilatérale de la prérogative mais résulte souvent d'une contrepartie indirecte, incorporée dans une autre stipulation contractuelle. Schématiquement, il faut en déduire que le sujet passif qui accorde à son cocontractant une prérogative contractuelle y trouve lui-même un avantage. Celui-ci peut d'ailleurs simplement consister à obtenir que la situation contractuelle se forme. Il est, par exemple, aisé de concevoir que l'insertion d'une clause de rupture unilatérale participe de ce qu'un contractant consente à conclure le contrat. La faculté de mettre fin au lien contractuel adoucit la radicalité de l'engagement. Par-delà l'avantage

⁷⁵³ S. PELLET, « Contrat d'adhésion et clauses abusives », *Defrénois*, oct. 2018, n° 40, p. 17, spéc. p. 18.

⁷⁵⁴ *Contra* G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, *op. cit.*, n° 222, p. 633, qui s'oppose à cette « réintégration honteuse de la psychologie dans l'intérêt ».

⁷⁵⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution », in *L'efficacité du contrat*, dir. G. LARDEUX, coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2001, p. 21, spéc. p. 23.

⁷⁵⁶ Sur les rapports terminologiques entre validité, légitimité et utilité, V. M. MEKKI, « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensées par les contraires », *op. cit.* et *loc. cit.*.

⁷⁵⁷ C. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2002, n° 22, p. 31.

⁷⁵⁸ C. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, *op. cit.*, n° 226 et s., p. 156 et s.

qu'y trouve le sujet passif, la concession de la prérogative renvoie chez lui à la reconnaissance du caractère légitime de l'intérêt qu'il a conféré au *potentior*⁷⁵⁹. Autrement dit, le sujet passif accorde une prérogative contractuelle au *potentior*, non seulement parce qu'il a lui-même à gagner dans l'équation totale que constitue l'ensemble des stipulations contractuelles, mais encore parce que le droit qu'il confère lui paraît acceptable. À cet égard, l'analogie avec les critères du contrôle de proportionnalité est permise. La poursuite d'un intérêt légitime qui ne constitue pas une atteinte disproportionnée aux droits d'autrui, en l'occurrence aux droits du sujet passif, semble au centre de la justification de la stipulation de la prérogative contractuelle. Comment expliquer, sinon, le droit d'option et plus généralement la promesse unilatérale de contrat ? Pour le promettant, il s'agit de s'engager irrémédiablement face à un bénéficiaire indécis. Au vu de la généralisation de cette pratique, il faut admettre que le promettant trouve légitime d'accorder un temps supplémentaire à son cocontractant dont lui-même ne profite pas, afin qu'il fasse le choix de conférer au contrat un caractère définitif ou d'y renoncer. Peu importe, alors, que ce droit d'hésiter soit ou non monnayé⁷⁶⁰.

L'intérêt sur lequel repose l'admission de la prérogative contractuelle doit cependant être distingué selon que le droit positif autorise l'existence de la prérogative dans le contrat ou l'impose⁷⁶¹. La stipulation de prérogatives contractuelles implique une reconnaissance subjective par les parties de la légitimité de l'intérêt de la prérogative. Du point de vue du *potentior*, il s'agit de la nécessité de permettre l'adaptation du contrat à sa situation par la modification d'un élément déterminé. Du point de vue du sujet passif, il faut voir dans cette stipulation la reconnaissance du caractère tolérable de la décision à laquelle il sera soumis au regard du jeu de négociation qu'il a pu mener. C'est donc par le biais de l'élaboration commune du contenu du contrat que la légitimité de la prérogative stipulée est reconnue. Lorsque la loi impose la prérogative dans une situation contractuelle, la légitimité de l'intérêt de la prérogative est objectivée. Le droit positif reconnaît la supériorité de sa nécessité, c'est-à-dire de l'attribution à une ou toutes les parties, dans un contrat déterminé, d'une puissance modificatrice. Il est évident que les diverses facultés de rétractation conférées au

⁷⁵⁹ Cette hypothèse est d'autant plus vraie lorsqu'une disposition légale est à l'origine de l'existence de la prérogative contractuelle.

⁷⁶⁰ V. *supra*, n° 46.

⁷⁶¹ Rappr. A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, Dalloz, 1961, p. 241 et s., spéc. p. 243 : L'auteur distingue entre les différents jugements de valeur qui poussent à reconnaître la légitimité d'un intérêt et, partant, l'existence d'un droit subjectif. Parmi eux, la « simple reconnaissance » qui n'entraîne qu'une protection négative et la « consécration », qui implique une protection sociale maximale.

consommateur participe de ce constat⁷⁶² mais l'introduction de prérogatives contractuelles par le législateur n'est pas réservée aux seules relations déséquilibrées. L'équilibre contractuel auquel contribue la prérogative n'est pas l'apanage des contrats d'adhésion ou de consommation. La faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée en constitue une bonne illustration, de même que la prérogative de résolution par notification. La prérogative n'est donc pas un simple correcteur d'inégalités propre à des rapports contractuels suspects⁷⁶³. En outre, le Code de la consommation n'est pas le seul à octroyer des prérogatives contractuelles à une partie seulement au détriment de l'autre. La réciprocité du bénéfice de la prérogative n'est pas la règle dans le Code civil. Le législateur désigne souvent le contractant qui pourra en bénéficier, à l'image du droit de révocation *ad nutum* du mandant⁷⁶⁴, ou de l'obligation alternative conférée au débiteur⁷⁶⁵. Dans tous les cas, la consécration d'une prérogative contractuelle implique d'admettre l'intérêt qu'elle présente pour son bénéficiaire dans le contrat. « On peut avoir simplement, dans la loi ou un contrat, réservé la possibilité pour un avenir quelconque de modifier telle ou telle règle. C'est le cas [...] lorsqu'on se réserve ou lorsque la loi vous assure la faculté de modifier un contrat ou de le rompre par volonté unilatérale, avec ou sans indemnité [...] L'intérêt protégé ici, c'est le besoin de réarrangement social » écrivait Demogue⁷⁶⁶. La qualification de la prérogative contractuelle en droit subjectif s'en trouve confirmée et conforme à la réalité des pratiques contractuelles⁷⁶⁷.

B. Légitimité de la modification contractuelle

170. L'effet de la prérogative contractuelle a été caractérisé comme la modification d'une règle contractuelle. Dès lors, il faut s'interroger sur la nécessité de cette modification. Pourquoi une partie se réserverait-elle la possibilité de modifier une situation qu'elle a elle-même contribué à bâtir ? La réponse réside dans le besoin d'adapter le contrat. Puisque celui-ci ne fait plus l'objet du déni temporel auquel il était soumis, donner la possibilité aux parties de le faire évoluer devient inéluctable. Pour ce faire, la prérogative organise donc un double

⁷⁶² V. *supra*, n° 6.

⁷⁶³ Sur les situations d'adhésion, V. *infra*, n° 271 et s.

⁷⁶⁴ Art. 2004 C. civ.

⁷⁶⁵ Art. 1308 C. civ. Contrairement à l'obligation alternative dont bénéficie le débiteur à moins que les parties n'aient décidé l'inverse, l'obligation facultative ne profite qu'au débiteur. V. *infra*, n° 200.

⁷⁶⁶ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 178.

⁷⁶⁷ V. *supra*, n° 93 et s. V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit.* et *loc. cit.*, p. 153 : le droit subjectif se définit comme « une reconnaissance, par le droit objectif, de l'intérêt ou du désir d'une personne envers tel ou tel avantage matériel ou moral, cette reconnaissance se manifestant par l'attribution de la ou des prérogatives juridiques permettant de l'assouvir ».

contournement des règles qui gouvernent traditionnellement le contrat. Il s'agit d'une part, d'un contournement à l'exigence de « présentation » que suppose le principe d'intangibilité. En effet, la présentation suppose de « rendre présents (actuels) tous les éléments de l'avenir contractuel afin qu'ils soient maîtrisés dès la conclusion du contrat »⁷⁶⁸. Y échapper permet d'intégrer le contrat dans une dimension temporelle : on le temporalise. Par là même, l'introduction de stipulations incomplètes ou flexibles devient essentielle (1). Il s'agit, d'autre part, d'un contournement à l'exigence de consensus qui ressort de l'article 1193 du Code civil. La modification contractuelle n'est pas l'apanage de la prérogative, d'autres techniques ont été inventées pour cela. À l'étude cependant, l'efficience de ces mécanismes est faible en raison du consensus qu'exige systématiquement leur mise en œuvre. La décision, par définition unilatérale, apparaît comme le procédé le plus efficace pour répondre au besoin d'adaptation de la situation contractuelle (2).

1) Justification du contournement de l'exigence de « présentation » du contrat

171. **La temporalisation du contrat.** La prérogative contractuelle a été précédemment décrite comme une atténuation du principe d'intangibilité des conventions. La modification de la règle contractuelle qu'elle produit permet de conférer un caractère évolutif au contrat. La fonction première de la prérogative est donc de contourner la règle d'intangibilité du contrat et son principe corollaire, celui de « présentation ». Le néologisme n'est pas des plus élégant mais présente le mérite d'exprimer clairement ce qui est, en principe, attendu du contrat : tout prévoir au jour de sa conclusion. Pour sa part, la prérogative contractuelle injecte de la souplesse au sein du contrat. Elle peut porter sur une stipulation flexible, en ce sens que même préalablement fixée elle est modifiable, ou sur une stipulation incomplète, qui comporte une part d'incertitude lors de sa création. La règle est flexible, par exemple, lorsqu'un terme est donné au contrat mais que son extinction anticipée est rendue possible par une résolution ou par une clause de résiliation unilatérale. La norme est incomplète, par exemple, lorsque les parties s'entendent sur une fixation unilatérale du prix au profit de l'entrepreneur après l'exécution de sa prestation de service, ou quand elles stipulent une obligation alternative. Ce faisant, la situation contractuelle perd son caractère achronique pour s'inscrire dans une réalité temporelle. De la fiction d'un présent perpétuel, demeuré inchangé depuis la formation du contrat, on passe à une situation réelle, inscrite dans la perspective de possibles évolutions.

⁷⁶⁸ H. MUIR-WATT, « Du contrat relationnel », *op. cit.* et *loc. cit.*, p. 173. V. aussi R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *op. cit.*, n° 9, p. 218.

Ainsi, la prérogative puise sa légitimité dans la logique de son existence ; la nécessité humaine de s'adapter à son temps se justifie par elle-même. La multitude des prérogatives d'origine légale et conventionnelle va en ce sens. Loin d'être exceptionnelle, la notion de prérogative contractuelle connaît aujourd'hui de nombreuses manifestations qui illustrent son utilité⁷⁶⁹. Le législateur autant que le praticien, en droit commun comme dans des situations contractuelles spécifiques, contournent en permanence les exigences de présentation et d'immutabilité, qui ne peuvent se réaliser qu'au prix d'une obsolescence toujours programmée.

172. La nécessité de l'adaptation contractuelle. « Le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés. On reviendra du fétichisme de la volonté individuelle qui a encombré le droit civil au XIX^e siècle » prédisait Demogue au début du siècle dernier⁷⁷⁰. L'étrangeté de considérer qu'une situation n'a pas vocation à évoluer avec les circonstances de son temps est indéniable. « Les textes législatifs eux-mêmes ne sont pas perpétuels. Il est rare de célébrer le centenaire d'un code. Certains demandent même, et l'Espagne l'a tenté, que les codes soient l'objet de révisions périodiques. Si une constante mise au point s'impose pour les lois votées par le Parlement, à combien plus forte raison est-elle souvent nécessaire lorsqu'il s'agit des contrats, ces petites lois fréquemment aussi obscures, adoptées plus à la hâte que les autres ? »⁷⁷¹.

La décision qui constitue l'objet de la prérogative revient à maîtriser une situation en la dominant. Décider, c'est contrôler. Or, si l'effet de la décision est une modification de la règle contractuelle, il s'agit pour le *potentior* d'assurer la continuité de l'adéquation des termes du contrat à ses besoins. « Nous avons les clefs du temps » affirmait un auteur⁷⁷². En effet, « en permettant de substituer n'importe quel élément du lien contractuel, la modification assure l'assouplissement des relations juridiques et, par conséquent, leur stabilité et leur sauvegarde »⁷⁷³. La prérogative contractuelle, parce qu'elle a pour effet une modification du contenu contractuel dans une situation déjà existante, s'impose comme un instrument

⁷⁶⁹ V. *infra*, n° 176 et s.

⁷⁷⁰ R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 245.

⁷⁷¹ R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 263 ; En ce sens égal. P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994 ; C. MENARD, « Imprévision et contrats : un économiste à l'écoute du juriste », in *Le contrat au XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, *op. cit.*, p. 661 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », Colloque « Durées et contrats », *RDC* 2004. 67.

⁷⁷² E. PUTMAN, « Le temps et le droit », *Dr. et patr.*, janv. 2000, p. 43.

⁷⁷³ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, *op. cit.*, n° 27, p. 13.

d'adaptation du contrat. « Prévoir c'est voir avant. Adapter suppose de voir après »⁷⁷⁴. C'est pourquoi le dispositif d'adaptation du contrat ne peut intervenir qu'au stade de son exécution, une fois que les circonstances susceptibles d'influer sur le contrat se sont réalisées. L'émergence de ce principe d'adaptation en droit privé des contrats rappelle, par ailleurs, le principe de mutabilité en vigueur pour les contrats administratifs, sans que l'intérêt général qui fonde ce dernier puisse être brandi comme justification⁷⁷⁵. Le principe d'adaptation en droit privé n'est pas sans fondements. Le projet contractuel n'a de sens que parce qu'il est utile, en cela qu'il sert les intérêts de ses acteurs. Foucault exprimait à ce propos le caractère irréductible de l'intérêt face à ce qu'il nomme l'*homo juridicus* : « pendant tout le temps où la loi existe, le sujet d'intérêt continue à exister. Il déborde en permanence le sujet de droit. Il n'est pas absorbé par lui. [...] il en est la condition de fonctionnement en permanence. Donc, par rapport à la volonté juridique, l'intérêt constitue un irréductible »⁷⁷⁶. L'immutabilité du contrat, figé dans sa forme originelle, apparaît comme une négation de sa seule raison d'être : son utilité. Bien qu'au jour de sa formation, le contrat réponde à cette exigence d'utilité, celle-ci est fragile : « ce n'est qu'au prix d'un consensualisme outrancier que l'on tient l'accord des volontés pour une fusion parfaite des intérêts en présence, alors qu'il cristallise bien plutôt leur antagonisme de principe autour d'un précaire point d'équilibre »⁷⁷⁷. À l'inverse, reconnaître que le contrat n'est pas hermétique à la traversée du temps implique d'admettre la légitimité des outils d'adaptation, au premier rang desquels la prérogative contractuelle.

⁷⁷⁴ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, op. cit. et loc. cit., n° 189, p. 85.

⁷⁷⁵ Sur Le principe de mutabilité, V. C.E., 11 mars 1910, n° 16178, *Compagnie générale des tramways* ; V. P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, op. cit., n° 587, qui renvoie notamment aux jurisprudences C.E., 2 fév. 1983, *Union des transports publics*, op. cit. L'arrêt affirme que parmi les « règles générales applicables aux contrats administratifs » figure la possibilité pour la puissance publique « d'apporter des modifications unilatérales à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation ». Le pouvoir dévolu à l'Administration n'a rien de discrétionnaire cependant. V. aussi P. DELVOLLE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, spéc. n° 524 : Ce principe « permet à la collectivité contractante de modifier les obligations du délégataire relatives à l'organisation et au fonctionnement du service, afin de les adapter aux besoins du public. Elle est en droit d'imposer au délégataire des changements, sous réserve de son droit à une indemnisation pécuniaire, si ces changements sont trop onéreux pour lui ».

⁷⁷⁶ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Cours au Collège de France, 1978-1979, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004, p. 278. Comp. A. CAILLE, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 27, spéc. p. 28-29 : « Dans cette nouvelle donne théorique, l'*homo sociologicus*, l'*homo politicus*, l'*homo juridicus*, l'*homo religiosus* même ne sont considérés que comme des avatars de l'*homo economicus* [...] L'*homo economicus* semble l'avoir définitivement emporté sur ses rivaux [...] mais il est de plus en plus permis de se demander si l'homme économique est autre chose que l'homme qui contracte, un *homo juridicus* ou un *homo contractans* au bout du compte ». Comp. A. SUPLOT, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 143-146.

⁷⁷⁷ R. LIBCHABER, *Defrénois* 2008 n° 38838, spéc. p. 1950, note sous Cass. Civ. 3, 7 mai 2008, *Bull. civ.* III, n°78.

Autrement dit, le contrat doit rester la chose des parties sans qu'un renversement s'opère, faisant de ces dernières des parties de la chose.

173. **La maîtrise de la situation contractuelle.** Si la notion d'adaptation implique *de facto* l'idée de temps, il importe peu que la durée soit particulièrement longue pourvu que le contrat ne soit pas instantané. En effet, si l'émergence des contrats de longue durée a démocratisé la stipulation de prérogatives contractuelles, celles-ci étaient déjà présentes dans le Code Napoléon et ne se réduisent pas aux contrats qui organisent une coopération entre les parties. Certes, la nécessité d'adaptation concerne, en premier lieu, les contrats dont l'exécution est successive, qu'ils aient une durée déterminée ou indéterminée⁷⁷⁸. La modification du contenu contractuel prend généralement pour contexte des situations contractuelles dotées d'une certaine longévité, à l'image des baux⁷⁷⁹, des contrats de fourniture et de distribution, des contrats cadre ou encore des contrats de prestation de service⁷⁸⁰. L'exemple du droit de préemption démontre, quant à lui, la prise en compte par le législateur de l'éventualité future de la création d'une situation contractuelle destinée à la vente d'un bien déterminé, afin de permettre à une personne désignée de le faire sien par préférence à quiconque⁷⁸¹. Le législateur organise, en prévision d'une situation contractuelle future et éventuelle, la substitution d'un contractant par un autre. Pour autant, le besoin pratique d'adaptation n'est pas exclu des relations contractuelles ponctuelles, à durée d'exécution courte. La prérogative contractuelle permet, par exemple, de saisir les effets du temps une fois les obligations principales exécutées. En ce sens, la vente à réméré des articles 1659 et suivants du Code civil, ainsi que la vente avec test commercial assorti d'une faculté de remboursement montrent l'utilité du mécanisme de la prérogative contractuelle dans des hypothèses où les obligations ont été payées. De la sorte, une partie se réserve un « droit de regret » lui permettant dans la vente à réméré de racheter le bien vendu et dans la vente avec test commercial de rendre le bien acheté. Il faut, cependant, remarquer la pérennité des

⁷⁷⁸ La notion de contrat successif a connu plusieurs définitions. Il s'agit dans cette étude des contrats dont l'exécution de l'une des obligations s'étale sur une certaine durée, par opposition au contrat instantané, dont l'exécution est immédiate. En ce sens, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 6, note 22. Comp. G. BRIERE DE L'ISLE, « De la notion de contrat successif », *D.* 1957. 153.

⁷⁷⁹ Le droit conféré au locataire d'un bail commercial d'imposer une déspecialisation partielle à son bailleur illustre cette mécanique d'adaptation contractuelle (Art. L. 145-47 C. com.), de même que le congé du locataire par exemple (Art. L. 145-4 C. com. en matière de bail commercial ; Art. 12 de la loi n° 89-462 du 6 juil. 1989 en matière de baux d'habitation et mixtes).

⁷⁸⁰ À ce titre, les articles 1164 et 1165 du Code civil sont éloquentes, en ce qu'ils prévoient expressément la validité de la clause de fixation unilatérale du prix pour ces contrats particuliers.

⁷⁸¹ V. *infra*, n° 217 et s.

situations contractuelles en cause : si les obligations ont été exécutées, le rapport contractuel n'est pas éteint mais simplement suspendu à la réalisation éventuelle de la condition dans le délai prescrit⁷⁸². Dans le même sens, les facultés de dédit du consommateur accordées par le législateur permettent à celui-ci de dompter les effets du temps en l'autorisant à défaire ce qui a été conclu dans un bref délai⁷⁸³. En outre, le droit d'option conféré par une promesse unilatérale de contrat ne s'insère pas dans des situations particulièrement longues. Souvent encadré d'un délai de quelques mois, il a vocation à conférer à une partie un temps de réflexion pour conclure un contrat envisagé mais non accepté de façon certaine et définitive.

La prérogative contractuelle s'apparente à l'expression de la renonciation à la permanence de ce « vouloir abstrait »⁷⁸⁴ qui désigne l'époque de la formation de la situation contractuelle, au profit d'un vouloir concret, par nature évolutif et propre aux différentes phases de vie du contrat. La quête d'un consensus persistant durant toute l'exécution du contrat semble alors chimérique et justifie, en pratique, l'unilatéralité de la modification.

2) Justification du contournement de l'exigence de consensus dans le contrat

174. Comparaison de la prérogative contractuelle aux autres dispositifs d'adaptation du contrat. La prérogative contractuelle se présente comme un outil d'adaptation par anticipation afin de « prévenir les effets du temps sur l'accord (...) ou le risque d'un bouleversement du contexte (...) dans lequel s'épanouit le contrat »⁷⁸⁵. La prévision est ici au service de l'adaptation. Le contrat est un organisme vivant⁷⁸⁶ : face à l'impossibilité d'écarter l'imprévisibilité que recèle l'avenir, celle-ci peut être en partie domptée par la prérogative contractuelle.

La modification unilatérale s'impose comme le vecteur le plus réaliste de souplesse et d'adaptabilité des situations contractuelles, par comparaison avec les autres modifications possibles du contrat. En effet, la flexibilité qu'elle permet présente paradoxalement l'avantage

⁷⁸² L'article 1588 C. civ. dispose en effet que « la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous condition suspensive », tandis que la faculté de rachat a été qualifiée de condition résolutoire par les juges de la 3^e Chambre civile (Cass. Civ. 3^e, 31 janv. 1984, *Bull. civ.* III, n° 21). V. toutefois *infra*, n° 243 et s.

⁷⁸³ Par ex., art. L. 312-19 C. conso. en matière de crédit à la consommation ; Art. L. 224-91 C. conso. en matière de courtage matrimonial ; Art. L. 221-18 C. conso. en matière de vente à distance.

⁷⁸⁴ J.-M. TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », *op. cit.*

⁷⁸⁵ J. RAYNARD, « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *op. cit.*, n° 33, p. 706.

⁷⁸⁶ L. AYNES, « Le devoir de renégocier », *RJ com. nov.* 1999, p. 11, spéc. n° 6, p. 12.

de ne pas nécessiter de prévisions, normalement corollaires des actes d'anticipation. À l'inverse des clauses d'adaptation automatique, comme les clauses d'indexation, la prérogative contractuelle ne contraint pas les parties à décider en amont de la transformation future du contrat. Il est aisé d'entrevoir l'importance d'un tel mécanisme pour les praticiens. La clause d'agrément l'illustre bien⁷⁸⁷. En subordonnant la substitution de contractant à la décision d'agrément du nouveau partenaire par le cédé lors de la cession⁷⁸⁸, les parties se réservent la possibilité d'agir *en temps voulu*. Grâce à la technique de la prérogative contractuelle, le choix qui s'offre à elles ne consiste pas soit à prohiber toute cession *ab initio*, soit à accepter de supporter l'arrivée de tout nouveau contractant dans l'opération contractuelle. En d'autres termes, puisqu'une neutralisation du futur par la prévision de tous ses possibles est irréaliste, seule reste la faculté de se réserver dans l'avenir la permission d'une modification. Les parties ne sont pas contraintes d'élaborer des solutions, nécessairement réductrices, lors de la formation du contrat. Portalis le résumait ainsi dans le *Discours préliminaire du Code civil* : « comment enchaîner l'action du temps ? [...] La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ? »⁷⁸⁹. C'est que « certains cas sont absolument en dehors du rayon visuel de l'intelligence humaine »⁷⁹⁰.

175. Le changement de circonstances. La prise en compte du changement de circonstances est rendue possible par la temporalisation du contrat. Il doit se comprendre plus largement que les hypothèses prévues dans la théorie de l'imprévision. Les circonstances peuvent d'abord être exogènes et avoir pour objet des considérations sociales, économiques, financières ou politiques⁷⁹¹ : la crise, écrit Monsieur Mekki, « n'est pas celle du contrat mais de

⁷⁸⁷ Sur la clause d'agrément, V. *infra*, n° 223.

⁷⁸⁸ J.-M. MOUSSERON, *technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1257, p. 494.

⁷⁸⁹ PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, in *Discours et rapports sur le Code civil*, Fontes et Paginae et Presses universitaires de Caen, 2010 p. 7.

⁷⁹⁰ R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *op. cit.*, spéc. p. 247 ; V. égal. J.-M. MOUSSERON, *La gestion des risques par le contrat*, *RTD civ.* 1988. 481, spéc. p. 483 : « Mais du temps qui vient l'homme même le mieux informé ne peut avoir qu'une connaissance bien approximative et les prophètes du passé sont plus nombreux que les devins de l'avenir ». Égal. S. SAUSSIER, « L'indétermination du prix (à propos des arrêts de 1995) : le point de vue d'un économiste », in *Droit et économie des contrats*, *op. cit.*, p. 115, spéc. p. 118, note 6 : « Tout contrat de long terme est incomplet. La rationalité limitée des agents leur interdit la mise au point d'un contrat complet. En effet, dès lors qu'une transaction prend place dans le temps, le niveau d'incertitude entourant la transaction ne peut plus être supposé nul, et les bornes de la rationalité des agents sont atteintes ».

⁷⁹¹ V. L. AYNES, « Rapport introductif », in « Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique », *RDC* 2010. 380 : « L'avenir paraît plus imprévisible que jamais, alors que jamais nous n'avons disposé d'instruments de prévision aussi puissants et performants qu'aujourd'hui. Le développement de la mathématique, de la physique, de l'imagerie, de l'informatique devraient nous permettre de dominer par la connaissance l'avenir en germe dans le présent. C'est le contraire que nous voyons [...]. L'imprévisible semble

son environnement »⁷⁹². Les crises immobilière, sanitaire ou écologique se succèdent avec autant de conséquences sur les situations particulières des contractants. Les circonstances promptes à subir des changements peuvent également être propres aux parties, considérées dans leur individualité ou dans leurs rapports interpersonnels. Le regret ou l'incertitude dont procèdent les facultés de dédit ou le droit d'option doivent ainsi être considérés comme des éléments endogènes, internes au *potentior*. Les résolutions unilatérales des articles 1224 et 1225 du Code civil répondent, pour leur part, à une évolution des relations *inter partes*. Dans ce cas, la prérogative contractuelle confère une faculté générale d'adaptation de la situation, bien plus importante qu'une clause de *hardship* par exemple⁷⁹³. Par ailleurs, la nécessité de flexibilité n'est pas satisfaite par le nouvel article 1195 du Code civil, aux conditions strictes et dont la portée reste faible⁷⁹⁴. Tandis que dans l'hypothèse de l'imprévision, le changement doit avoir été imprévisible lors de la formation du contrat et entraîner une exécution excessivement onéreuse pour le contractant qui en fait les frais, la prérogative contractuelle ouvre des possibilités plus vastes. Les causes de l'adaptation peuvent être envisagées plus largement et sa mise en œuvre n'est pas restreinte au critère du coût de l'exécution⁷⁹⁵. En outre, l'imprévision ne peut entraîner qu'une renégociation ou à défaut une résolution par les parties à moins de laisser au juge le soin de modifier le contrat. La crise sanitaire de l'année 2020 a pourtant montré que l'intervention du juge n'était pas toujours possible lorsque le changement de circonstances imprévisible est extraordinaire et, de ce fait, global. La mise à l'arrêt des tribunaux civils a réduit la portée de l'article 1195 à une simple incitation des parties à conclure un avenant ou à s'entendre sur une résolution par consensus. Surtout, la théorie de l'imprévision suppose renégociation et en cas d'échec, intervention judiciaire or, que l'on y

avoir tué la faculté même de prévision : dans prévisions il y a vision. Or, la vision de l'avenir s'est recroquevillée, comme mutilée par les crises et les effondrements successifs ».

⁷⁹² M. MEKKI, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », in « Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique », *RDC* 2010. 383, spéc. n° 2.

⁷⁹³ Sur ce point, V. B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *op. cit.*, spéc. n° 3, p. 68 ; R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983. 1 ; J. CEDRAS, « L'obligation de négociateur », *RTD com.* 1985. 265, spéc. n° 10 et s. ; J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ., op. cit.* ; D. MAZEAUD, « Renégociation ne rime pas avec réviser ! », *D.* 2007. 765, note sous Cass. Com. 3 oct. 2006, n° 04-13.214. Selon la Cour, ces clauses « n'obligent en aucune façon le contractant à accepter les modifications du contrat proposées par l'autre partie [...], n'obligent nullement les parties à réviser le contrat mais en autorisent seulement la possibilité ».

⁷⁹⁴ « 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. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

⁷⁹⁵ V. égal. B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *op. cit.*, spéc. n° 2.

adhère ou pas, le contrat est aujourd'hui « dominé par l'idéologie du marché et s'inscrit dans un phénomène d'accélération sociale »⁷⁹⁶. La célérité des réponses que les contractants sont susceptibles d'apporter à une situation de crise se pose comme un critère essentiel de survie économique. La prérogative contractuelle permet une modification directe par l'un des contractants⁷⁹⁷.

Les conséquences attachées à l'expression d'une décision dans le contrat sont finalement liées à la nécessité d'éviter un double écueil : d'une part, l'exigence d'une modification par consensus, souvent chimérique en pratique, et d'autre part les adaptations automatiques, réclamant, pour parer à toutes les éventualités, une anticipation du futur d'ordre quasi-divin. En outre, en évitant l'intervention d'un tiers ou la renégociation inhérente à la modification par consensus, la prérogative contractuelle présente l'avantage de ne nécessiter aucun coût supplémentaire. Parce qu'elle peut être rédigée avec une grande liberté, elle requiert, de façon corollaire, une faculté d'anticipation bien moindre. Les parties restent libres, sauf disposition légale contraire⁷⁹⁸, d'élargir autant qu'elles le veulent les conditions de mise en œuvre de leurs prérogatives ou de n'en stipuler aucune. De ce fait, la diversité des changements de circonstances est plus facilement saisie. Paradoxalement, le mécanisme de la prérogative présente l'avantage d'une prévisibilité supérieure aux remèdes jurisprudentiels de l'imprévision⁷⁹⁹, de la théorie de la cause ou de « l'économie générale du contrat »⁸⁰⁰. La décision conférée au *potenior* est originellement prévue par le contrat ou par le droit positif ; elle est donc connue de tous les intérêts en présence. Par ailleurs, le choix qui est conféré au

⁷⁹⁶ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016. 400. L'auteur cite à l'appui H. ROSA, *Accélération. Une critique sociale du temps*, trad. D. RENAULT, La Découverte, 2010, p. 36 : « L'expérience de la modernisation est une expérience de l'accélération [...]. L'accélération sociale est une caractéristique centrale de la transformation des structures temporelles et est ainsi une force majeure de la culture de la modernité ».

⁷⁹⁷ Les rares dispositions légales autorisant expressément la révision pour imprévision se distinguent également par leur rigidité. Ainsi, l'article L. 131-5 du code de la propriété intellectuelle assimile la lésion et l'imprévision en fixant le seuil de la révision à un préjudice de plus de sept douzième subi par l'auteur lors d'une cession de droit d'exploitation. L'article 900-2 du Code civil pour sa part subordonne la révision, par le juge, des conditions et charges qui grèvent les donations ou les legs à une exécution « extrêmement difficile ou sérieusement dommageable » pour le gratifié. Il est ainsi aisé de comprendre la recherche de flexibilité que peuvent mettre en œuvre les parties en stipulant des prérogatives contractuelles aux conditions moins strictes et qui n'impliquent pas le recours au juge.

⁷⁹⁸ Par ex., l'art. 1225 al. 1 C. civ. exige une simple liste des engagements susceptibles d'entraîner l'inexécution.

⁷⁹⁹ Cass. Com. 3 nov. 1992, *Huard*, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *D.* 1995. 85, D. FERRIER ; *RTD civ.* 1993. 124, J. MESTRE ; Cass. Com. 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, *Bull. civ.* IV, n° 277 ; *RTD civ.* 1999. 98, J. MESTRE ; p. 646, P.-Y. GAUTIER.

⁸⁰⁰ Cass. Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369 ; *D.* 2010. 2481, D. MAZEAUD ; p. 2485, T. GÉNICON ; *RTD civ.* 2010. 782, B. FAGES ; *JCP G.* 2010.I.1056, T. FAVARIO ; *JCP E.* 2010, n° 2134, J.-B. SEUBE ; *Dr. et patr.* Fév. 2011, p. 68, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2011. 34, E. SAVAUX ; *Gaz. pal.* 2011, n°12-13, p. 21-22, D. HOUTCIEFF.

sujet actif est une alternative au nombre limité de propositions, donc de modifications possibles. Il ne s'agit pas de surprendre le sujet passif par un changement soudain et imprédictible. Dès lors, hormis l'hypothèse d'une intervention du juge – toujours coûteuse, longue et qui ne peut être érigée en solution générale d'acclimatement du contrat – la prérogative contractuelle s'impose comme la technique octroyant les meilleures chances d'adaptation au contrat contemporain. Elle apparaît comme l'outil par excellence de traitement du changement de circonstances, voire comme un mécanisme de gestion des risques⁸⁰¹. Ainsi, bien que l'exigence d'adaptation ne suppose pas *de facto* l'unilatéralisme propre à la prérogative contractuelle, l'étude des différents mécanismes d'adaptation tend à démontrer que la prérogative s'impose comme la technique la plus efficace. Tel est l'intérêt légitime qui gouverne l'introduction de la prérogative dans la situation contractuelle et, partant, détermine son admission dans le contrat. L'analyse des manifestations diverses de la prérogative contractuelle en droit des contrats permet de vérifier cette hypothèse.

§2. Étude empirique des principales prérogatives contractuelles usuelles admises

176. La notion de prérogative suggère la diversité de ses manifestations par la multitude des changements possibles au sein de la situation contractuelle dans laquelle elle s'intègre. Si le bien-fondé de la prérogative s'est illustré de façon générale au regard de la nécessité de maîtriser et d'adapter le contrat, c'est au travers de l'étude des différentes modifications possibles que son existence se justifie pleinement. La modification, précédemment décrite comme l'effet de la prérogative, peut recouvrir différentes formes et s'impose comme un critère pertinent pour opérer une nomenclature au sein de la catégorie étudiée. D'une utilité indéniable pour les praticiens, une classification fondée sur le critère de l'effet présente, en outre, l'avantage de l'efficacité didactique. Elle rend compte de manière ordonnée des différentes transformations unilatérales que peut subir un contrat. Madame Helleringer a, par exemple, distingué, parmi les clauses de pouvoir celles qui modulent la force du contrat de celles qui en modifient le contenu⁸⁰². C'est également selon le critère de la modification opérée

⁸⁰¹ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 670, p. 490. Les notions de risque, d'imprévu et d'incertain sont très proches mais comportent toutefois quelques nuances. Sur l'imprévu et l'incertain dans le contrat, V. L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. cit.*, n° 33 et s., p. 24 et s. ; Sur le risque, V. J.-M. MOUSSERON, *La gestion des risques par le contrat*, *op. cit.*, p. 484.

⁸⁰² G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat*, *op. cit.*, n° 351 et . p. 195 et s., et n° 375 et s., p. 213 et s. : les clauses qui modulent la force du contrat sont relatives à sa poursuite ou à sa rupture ; celles qui en modifient le contenu sont, selon l'auteur, au nombre de deux. La clause de révision unilatérale du prix permet la modification de l'objet du contrat, tandis que la clause de mobilité engendre une modification de ses modalités d'exécution.

que s'organisent quantité de clausiers⁸⁰³, ou qu'ont été en partie décrits les droits potestatifs⁸⁰⁴. Par-delà son aspect pragmatique, l'énumération des prérogatives selon le type de modifications admises en droit positif témoigne de l'importance de la catégorie : la multitude de ces droits contractuels démontre leur omniprésence et entérine leur légitimité. L'étude des prérogatives contractuelles consacrées en droit positif confirme l'émergence d'un principe d'adaptation du contrat au détriment du principe d'immutabilité. Leur admission atteste, par ailleurs, l'absence d'exigence de consensus à titre impératif au stade de l'exécution du contrat. L'analyse des effets de la prérogative contractuelle permet d'en extraire deux catégories principales que sont la modification du lien contractuel d'une part (A) et la modification du contenu contractuel d'autre part (B).

A. La modification du lien contractuel

177. La prérogative contractuelle peut d'abord porter son effet sur le lien contractuel qui, par opposition au contenu contractuel, renvoie à l'existence de la situation contractuelle⁸⁰⁵. Outre l'obligation, le contrat lui-même peut revêtir un caractère éventuel ou conditionné, qui lui confère une instabilité. Le *potentior* peut remédier à celle-ci en exerçant sa puissance décisionnaire afin de consolider l'existence du contrat (1). Inversement, la décision du titulaire de la prérogative peut avoir vocation à rompre le lien contractuel. Effet des plus classiques⁸⁰⁶, la décision d'extinction du lien contractuel revêt pourtant des réalités diverses qu'il convient de distinguer selon le type de rupture réalisée (2).

⁸⁰³ Par ex. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, op. cit. : La division principale de l'ouvrage est organisée selon que la clause soit relative à la naissance, à l'existence ou à l'extinction des relations contractuelles.

⁸⁰⁴ Les droits potestatifs étant traditionnellement définis comme des « pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur des situations juridiques préexistantes en les modifiant les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale », les différentes catégories de transformations rendues possibles par l'exercice de ces droits sont expressément détaillées. V. I. NAJJAR, « La potestativité », op. cit., p. 603.

⁸⁰⁵ Du lat. *ligamen*, « ce qui sert à attacher, cordon », de *ligare*, « lier ». V. « Lien », in *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit. ; dans le même sens, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, op. cit. : les auteurs distinguent le contenu du contrat (n° 264 et s.) du lien contractuel (n° 438 et s.). V. égal. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997. 357, spéc. n° 6, p. 361.

⁸⁰⁶ L'ancienneté de certaines de ces prérogatives en est la raison principale. Par exemple, la loi offre, depuis 1804, la faculté de rompre unilatéralement certains contrats. Ainsi du contrat de mandat (art. 2003 C. civ.), du contrat de dépôt (art. 1944 C. civ.) ou du contrat de vente de denrées et d'effets immobiliers (Art. 1657 C. civ. V., B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, op. cit., spéc. n° 75, p. 204 : « La loi autorise la rupture de certains contrats à durée déterminée, soit parce que ce droit de rupture est inhérent à la nature même de la convention, soit comme une faveur particulière là où il ne trouverait pas normalement sa place ». Quant à la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, elle résulte de jurisprudences datant du XIX^e siècle. Par ex. Cass. Civ. 5 fév. 1872, D. 1873.I.63, loc. cit. ; Cass. Civ. 4 août 1879, D. 1880.I.272, loc. cit.

1) La consolidation du lien contractuel

178. La consolidation de la situation contractuelle consiste à décider soit de sa confirmation soit de sa survie de sorte que, d'une existence fragile, la situation contractuelle devient scellée. Ainsi, la prérogative contractuelle peut avoir pour effet de permettre le passage du caractère éventuel au caractère définitif du contrat (a), ou d'empêcher l'extinction d'un lien contractuel affaibli par la stipulation d'une condition (b).

a) Le passage au caractère définitif du contrat

179. **Le droit d'option.** Cette étude s'est attachée à contester l'idée qu'une prérogative puisse créer une situation contractuelle nouvelle. En revanche, il est apparu qu'elle peut consolider une situation préexistante⁸⁰⁷. La conséquence de l'exercice d'un droit d'option est ainsi de permettre le passage d'un avant-contrat à un contrat définitif. Un contrat éventuel en raison de l'absence de consentement d'une partie mais dont les éléments essentiels sont connus devient définitif par l'exercice du droit d'option⁸⁰⁸. Traditionnellement attaché à la promesse de vente⁸⁰⁹, celui-ci a néanmoins une existence plus diffuse. Des options posées sur des billets de train à celles qui permettent la réservation d'une chambre d'hôtel, le contrat de promesse est partout. Parfois dénommé « pacte d'option » ou « contrat de réservation »⁸¹⁰, il prend les formes les plus diverses, tant en droit commun des contrats que dans les droits spéciaux⁸¹¹. La vente à l'agréage entre également dans cette catégorie⁸¹². Il en est de même

⁸⁰⁷ V. *supra*, n° 61.

⁸⁰⁸ L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente », *op. cit. et loc. cit.*, n° 21.

⁸⁰⁹ Demogue traitait déjà du droit d'option dans les promesses de vente au début du siècle dernier. V. R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905. 723 ; Égal. du même auteur, « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906. 231.

⁸¹⁰ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 887, p. 417 ; Comp. L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente », *op. cit.*, n° 21-22 qui utilise le terme « pacte d'option » pour désigner les contrats dans lesquels chaque partie dispose d'une option lui permettant de rendre le contrat définitif.

⁸¹¹ Par ex., en droit bancaire, les ouvertures de crédit peuvent être analysées comme des promesses unilatérales de crédits. V. en ce sens, M.-N. JOBARD BACHELIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985. 1, n° 38-40 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 5294, p. 1424. En matière de bail d'habitation, V. par ex. Cass. Civ. 3^e, 10 mars 2015, n° 13-27.942, *AJDI* 2015. 518, C. DREVEAU : *Contrat de réservation portant sur un bail d'habitation. Le preneur bénéficiait d'un droit d'option en contrepartie d'une indemnité d'immobilisation a estimé la Cour après avoir vérifié la validité du contrat eu égard à la stipulation de ses éléments essentiels (prix et objet du bail à venir).*

⁸¹² V. *infra*, n° 246. La vente à l'essai doit, en revanche, être exclue des prérogatives contractuelles en cela qu'elle repose sur une appréciation objective des qualités de la chose et doit, dès lors, s'analyser en une condition suspensive (art. 1588 C. civ.) non potestative. Par cette définition, la vente à l'essai ne peut concerner que l'appréciation d'éléments objectivement évaluables de sorte que toute chose nécessitant une appréciation

lorsque le droit d'option se fonde dans des situations contractuelles plus larges, à l'image du contrat de crédit-bail et plus généralement des contrats de location avec option d'achat. Au bail se superpose alors une vente potentielle qui se muera en vente définitive si la levée d'option est réalisée. La prérogative contractuelle a ici pour effet de rendre définitif le contrat visé au sein de la situation dans laquelle elle s'inscrit.

180. Légitimité du droit d'option. Le droit d'option a vocation à éviter le concept contraignant d'immédiateté de la volonté catégorique. Réserver son consentement à une date ultérieure est une manière d'appriivoiser le temps afin que le sujet de droit évolue de l'indétermination vers la conviction. Ce droit concède à son bénéficiaire le temps de la réflexion, sans que l'angoisse d'un renoncement de la part du promettant influence sa décision. Si l'exigence impérative de consensus est toujours requise pour créer la situation contractuelle initiale par la conclusion du contrat de promesse, son évolution en contrat définitif peut être laissée à la volonté d'une seule des parties. En effet, la promesse est en elle-même un contrat. Il procède de la rencontre des consentements du promettant et du bénéficiaire et fait naître le droit d'option afin de permettre l'évolution de la situation contractuelle par la mutation du contrat initial (la promesse) en un contrat définitif (le contrat envisagé par la promesse – la vente par exemple). De ce fait, le droit d'option ne fait pas exception à la règle précédemment énoncée selon laquelle une prérogative n'a jamais vocation à créer une situation contractuelle *ex nihilo* : son cadre est déjà fixé par le consensus qui s'est instauré lors de la formation du contrat de promesse.

L'abondance des décisions judiciaires et des écrits doctrinaux relatifs au droit d'option démontre que, si l'utilité de ce droit n'a jamais été remise en cause, c'est sur les droits du promettant que les juristes se sont opposés. Un temps considéré par la jurisprudence comme le débiteur d'une obligation de faire, le promettant pouvait retirer son consentement sans qu'une exécution forcée vienne sanctionner sa rétractation⁸¹³. Seuls des dommages-intérêts étaient dus, minimisant la force obligatoire de son engagement. La nécessaire rencontre des volontés était invoquée par les juges de cassation pour justifier leur solution. Pourtant, la concomitance parfaite des consentements ne paraît pas constituer la raison d'être de la règle. C'est davantage la difficulté de reconnaître l'unilatéralité comme vecteur de formation finale

subjective renverra soit à une vente à l'agréage, soit à une clause d'essai dans le contrat conférant cette prérogative contractuelle à l'acquéreur au surplus de la condition suspensive d'essai de l'article 1588. Comp. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 894, p. 498.

⁸¹³ Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, *Consorts Cruz*, loc. cit.

du contrat qui était au cœur de cette décision. Il s'agissait *in fine* de s'entendre sur la nécessité d'une réciprocité entre le promettant et le bénéficiaire concernant leurs degrés de consentement : le premier devait-il bénéficier de la même faculté de réserve que le second pour que le droit d'option trouve sa légitimité ? Refuser de sanctionner la rétractation par la conclusion forcée du contrat définitif revenait à accorder au promettant la possibilité d'économiser son consentement plein et entier, en se contentant d'une déclaration partielle de volonté ; finalement d'organiser contractuellement une entrée en pourparlers. En ce sens, le paiement de dommages-intérêts, malgré la théorique réparation de gains manqués qu'ils étaient censés compenser, pouvait s'analyser en une indemnité de rupture maquillée⁸¹⁴ – seule distinction avec la situation du bénéficiaire à moins qu'une indemnité d'immobilisation ait été stipulée à sa charge. Admis dans son principe, le droit d'option voyait donc sa portée réduite à peau de chagrin par le refus de tirer les conséquences de sa nature. Décision unilatérale permettant à son titulaire d'avoir le dernier mot sur la conclusion définitive d'un contrat, il s'était vu rétrogradé au stade de l'offre renouvelée. Le promettant, qualifié de débiteur d'une obligation de faire, était simplement exposé au paiement de dommages-intérêts en vertu de l'ancien article 1142 du Code civil. La réforme du 10 février 2016 a modifié ces vues. Le promettant est désormais contraint par la force obligatoire de la décision du *potentior*.

Aux termes d'après débats, l'article 1224 du Code civil a finalement consacré cette dernière solution, permettant du même coup la qualification du droit d'option en prérogative contractuelle. Ce faisant, le contrat de promesse a retrouvé sa spécificité car la conclusion forcée du contrat permet que la fonction du droit d'option se réalise pleinement. La confusion avec les opérations de négociation en cadrée n'est plus possible. Le temps est compté au bénéficiaire si la crainte que le consentement du promettant puisse être retirée le tiraille. Nulle période de réflexion permise, nulle maîtrise de la situation donc : ce qui n'est plus qu'une offre encadrée par un délai doit faire l'objet d'une rapide acceptation au risque de la voir retirée. À l'inverse, la constance de l'engagement pris par le promettant permet à la promesse de réaliser son office. Elle confère un droit de réflexion véritable au bénéficiaire du droit d'option. Du point de vue de ce dernier, la promesse qui est faite est un moyen de « conjurer l'incertitude de l'avenir »⁸¹⁵. Tel est l'intérêt qui gouverne l'octroi d'un droit d'option. L'adaptation consiste alors à décider du caractère définitif du contrat promis antérieurement.

⁸¹⁴ Ces dommages-intérêts ont ainsi pu être qualifiés de « prix de la rétractation », F. COLLART DUTILLEUL, « La durée des promesses de contrats », in Colloque « Durées et contrats », *RDC* 2004. 15, spéc. p. 20 : V. égal. Cass. Civ. 3, 31 janv. 2001, *Bull. civ.* III, n° 186.

⁸¹⁵ J.-M. TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », *op. cit.*, p. 63.

b) L'entrave à l'extinction du contrat

181. Faire obstacle à l'extinction du contrat est à la portée d'une partie, soit par le biais de la prérogative de renonciation au bénéfice d'une condition stipulée dans son intérêt exclusif (i), soit grâce aux prérogatives de prorogation du terme initialement prévue dans la convention (ii).

i. La renonciation au bénéfice d'une condition stipulée dans l'intérêt exclusif du *potentior*

182. Les parties ne peuvent renoncer que par consensus à la condition stipulée dans leur intérêt à toutes deux⁸¹⁶. Par conséquent, la prérogative est possible à l'endroit de la condition prévue au bénéfice unique de l'un des contractants, parfois nommée « condition unilatérale »⁸¹⁷. La renonciation se définit comme un acte abdicatif, par essence unilatéral⁸¹⁸, par lequel une partie « abandonne un avantage qu'elle possède ou qu'elle a vocation à obtenir »⁸¹⁹. La renonciation au bénéfice d'une condition stipulée dans l'intérêt exclusif du *potentior* se classe dans la catégorie des prérogatives de consolidation de la situation contractuelle. Elle autorise son titulaire à entériner l'existence de l'obligation et, par là même, à empêcher la caducité du contrat. Si cette décision est prise *pendente conditione* en vertu du nouvel article 1304-4 du Code civil, elle a pour effet de sanctuariser l'obligation concernée en la rendant pure et simple et, ainsi, d'assurer la pérennité du contrat⁸²⁰. Certes, lorsque la renonciation intervient avant la défaillance de la condition, la modification porte d'abord sur l'existence de la condition elle-même – c'est-à-dire sur le contenu du contrat – en organisant sa suppression. Il n'en demeure pas moins que l'effet recherché repose sur la continuité de l'opération projetée, donc sur la survie du contrat. Un effet identique est constaté lorsque la faculté de

⁸¹⁶ Par ex. Cass. Civ. 3^e, 17 janv. 1969, *Bull. civ.* III, n° 65.

⁸¹⁷ J. ROCHFELD, *JCP G* 2000. I. 237, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1999, n° 14 et s., spéc. n° 16 ; l'auteur indique emprunter l'expression à la doctrine italienne, V. A. VILLANI, « Condizione unilaterale e voncolo contrattuale », *RTD civ.* 1975. 557.

⁸¹⁸ F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, préf. P. TERCIER, LGDJ, 1985, n° 12 et s., p. 29 et s. ; P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit », *RTD civ.* 1936. 763.

⁸¹⁹ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 488, p. 367.

⁸²⁰ Cette prérogative était à l'origine de source jurisprudentielle. V. par ex. Cass. Civ. 3^e, 22 mai 1970, *Bull. civ.* III, n° 357 ; Cass. Civ. 3^e, 13 juillet 1999, *Bull. civ.* III, n° 179. La jurisprudence a apporté une limite à cette faculté en décidant qu'elle ne devait pas intervenir de manière tardive, c'est-à-dire avant la date constituant « le point de départ de l'exécution forcée du contrat ». V. en ce sens Cass. Civ. 3^e, 17 déc. 2008, *Bull. civ.* III, n° 211 ; *JCP G* 2009.II.10047, Y. DAGORNE-LABBE ; *Defrénois* 2009 n° 38916, E. SAVAUX. En l'espèce, la renonciation au bénéfice de la condition suspensive d'obtention d'un permis de construire dans une promesse de vente était intervenue après l'expiration de la date butoir fixée pour la réitération de l'acte. V. M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. MAZEAUD, LGDJ, 2009, spéc. n° 501 et s., p. 375 et s.

renonciation s'exerce une fois la condition défaillie. Prérogative contractuelle d'origine jurisprudentielle, elle permettait, selon une opinion sinon constante du moins récurrente des juges de cassation, d'assurer le maintien du contrat initial plutôt que la formation d'un nouveau contrat⁸²¹. À la lecture du Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des obligations, la survie de cette prérogative dans le droit positif est toutefois improbable. Le rapport affirme que la consécration légale de la renonciation *pendente conditione* implique « *a contrario* qu'une renonciation ne peut intervenir après la défaillance de la condition suspensive, ce qui met fin à la controverse doctrinale et aux incertitudes jurisprudentielles sur ce point »⁸²². Monsieur Libchaber avait émis quelques doutes à ce sujet, estimant que la renonciation à la caducité du contrat en cas de défaillance de la condition suspensive opérait une « transformation fondamentale du *modus operandi* de la condition [...] ce qui n'est pas si facile à accepter d'emblée »⁸²³. Dans cette hypothèse, le contrat devrait devenir caduc de plein droit, tandis que par cette prérogative de renonciation, une partie peut « le faire renaître de ses cendres par le seul jeu de sa volonté »⁸²⁴. Dans la conception classique néanmoins, les effets de la condition sont placés « hors de la portée des contractants »⁸²⁵. On a ainsi pu lire qu'en matière de condition résolutoire, « si la condition se réalise, il n'y a plus de contrat [...] c'est là un fait qu'aucune puissance humaine ne peut effacer »⁸²⁶. Reste que, par-delà la perfection théorique, une certaine cohérence pratique devrait prévaloir.

183. Légitimité. Autoriser une partie à renoncer à une condition stipulée dans son intérêt exclusif devrait rester possible même lorsqu'elle a défailli, à condition d'instaurer un délai

⁸²¹ Cass. Com. 10 févr. 2015, n° 13-26.414, *Bull. civ.* IV, n° 19 ; *D.* 2016. 964, note D. FERRIER. V. aussi Cass. Civ. 3^e, 26 juin 1996, *Defrénois* 1996 n° 36434, P. DELEBECQUE. Cass. Com. 6 févr. 1996, n° 93-12.868 ; *RTD civ.* 1996. 613, J. MESTRE ; *JCP E* 1996.II.841, B. PETIT. Cass. Civ. 1^{re}, 4 mai 1994, *Bull. civ.* I, n° 687. Sur la controverse relative à l'effet de cette renonciation, V. M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats, op. cit.* spéc. n° 583 et s. et s., p. 440 et s. ; Égal. V. H. KENFACK, « La défaillance de la condition suspensive », *Defrénois*, 1997 n° 36604, spéc. n° 23. ; M. BOUTEILLE, « Regard critique sur la modalité conditionnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *D.* 2008, chr. 1848. Comp. J. MESTRE, *RTD civ.* 1996. 613, note sous l'arrêt préc. ; Sur la distinction entre modification et novation, V. A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, op. cit.*, n° 28 et s., p. 19 et s.

⁸²² V. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*

⁸²³ R. LIBCHABER, note sous Civ. 3^e, 31 mars 2005, n° 04-11.752, *Defrénois*, 2008. 1949, spéc. p. 1953 : l'auteur estime que la renonciation au bénéfice de la condition défaillie suppose la reconnaissance de la caducité comme « une faculté d'effacement du contrat au pouvoir de la seule personne protégée » (p. 1951). Il faudrait ainsi considérer l'idée d'une « caducité relative », pourtant peu adaptée au mécanisme traditionnel.

⁸²⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.*, n° 780.

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 17, Paris, 1878, n° 136 ; cité par G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit. et loc. cit.*, n° 780.

raisonnable afin d'éviter des hypothèses d'infinité contractuelle⁸²⁷. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a maintes fois affirmé que la caducité ne produisait son effet que lorsque la partie dans l'intérêt de laquelle la condition avait été stipulée s'en prévalait⁸²⁸. Les prérogatives de renonciation à la condition pendante et défaillie trouvent, en effet, une justification naturelle dans le principe selon lequel nul ne peut être admis à détourner une règle à son avantage lorsque celle-ci n'a pas été stipulée dans son intérêt⁸²⁹. La légitimité de ces prérogatives coule de source, dès lors que la renonciation a lieu dans une stricte limite temporelle après la défaillance de la condition. Puisque la condition a pour but de servir les seuls besoins de l'un des contractants, personne d'autre que lui ne peut être habilité à s'en prévaloir sans que sa finalité soit détournée. En d'autres termes, la renonciation au bénéfice de la condition permet de faire obstacle à la rétractation déguisée du contractant qui n'en bénéficiait pas et qui chercherait à échapper incidemment à son engagement. C'est donc pour endiguer le détournement d'une règle contractuelle et, ainsi, empêcher une partie d'arguer de la défaillance d'une condition pour revenir ultérieurement sur son consentement que ces prérogatives de renonciation ont été consacrées. La condition n'est plus « un mécanisme abstrait, détachée de l'intérêt qu'elle sert » mais elle est reliée « à l'intérêt qu'elle soutend »⁸³⁰.

184. Limites. Tous les actes abdicatifs mis en œuvre dans le cadre d'une situation contractuelle ne s'inscrivent pas dans la catégorie des prérogatives contractuelles. En dépit du caractère décisionnel de l'acte unilatéral mis en œuvre, l'effet modificatif de la règle contractuelle fait défaut dans plusieurs hypothèses. Ainsi, par exemple, de la confirmation concédée au contractant par l'article 1182 du Code civil. Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'elle ait vocation à permettre la survie du contrat entaché d'un vice, elle s'analyse comme

⁸²⁷ Sur la nécessité d'un délai de renonciation à la condition défaillie, V. WITTMAN, « La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente : à la recherche d'un équilibre contractuel », *D.* 2012. 301. Pour une tentative jurisprudentielle sur ce point, V. par ex., Cass. Civ. 3^e, 17 déc. 2008, n° 07-18.062, *op. cit.*, *Defrénois* 2009. 647, E. SAVAUX.

⁸²⁸ Par ex. Cass. Civ. 3^e, 7 oct. 1997, n° 95-20.918 ; Cass. Civ. 3^e, 15 nov. 2011, n° 10-25.347 ; Cass. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2012, n° 11-16.951.

⁸²⁹ Sur la détermination du bénéficiaire de la condition, V. M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 493 et s., p. 370 et s. L'auteur estime *in fine* que « les expressions "intérêt exclusif" et "seul intérêt" utilisées par la jurisprudence ne doivent pas être prises au pied de la lettre. Les juges semblent en effet se livrer à une comparaison de l'importance des intérêts en présence » permettant ainsi « d'éviter qu'une partie mal intentionnée ne se découvre une "poussière" d'intérêt afin de faire échec à la renonciation unilatérale de son cocontractant » (spéc. n° 497, p. 372). Comp. J. ROCHFELD, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1999, *op. cit.*, spéc. n° 18 : l'auteur évoque un système de présomptions fondées sur le type de contrats (d'après M. LATINA, thèse, *loc. cit.*).

⁸³⁰ J. ROCHFELD, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1999, *op. cit.*, n° 16.

l'abandon volontaire par décision unilatérale d'un droit d'action en justice. En ce sens, son exercice n'a jamais pour effet une modification de la situation contractuelle dans la mesure où elle ne fait pas disparaître le vice qui l'infectait⁸³¹. Si cette analyse a pu être discutée⁸³², elle nous paraît être la plus pertinente dans la mesure où les tiers conservent les droits dont ils disposent⁸³³. La modification de la lettre du nouvel article 1182 par comparaison à l'ancien article 1338 du Code civil va dans le sens de cette conception, puisqu'il n'est plus question de « réparer le vice » mais de renoncer à la nullité. La confirmation du contrat ne peut donc être caractérisée comme une prérogative contractuelle mais s'apparente à un simple droit potestatif. En revanche, toutes les renonciations de clauses contractuelles dont une partie a le bénéfice exclusif entrent dans le champ des prérogatives contractuelles. La modification porte alors généralement sur le contenu non obligationnel⁸³⁴.

ii. Les prérogatives de prolongement de la durée du lien contractuel

185. La révision de la durée du contrat peut prendre de multiples formes. Elle est expresse lorsqu'elle intervient par accord des parties à l'approche du terme du contrat, tacite lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune formulation, ou stipulée quand elle est initialement prévue par une clause⁸³⁵. Toutefois, ce n'est que lorsque la faculté est l'œuvre de la décision d'une partie, sans que l'autre puisse s'y opposer, que les caractères de la prérogative contractuelle sont réunis.

⁸³¹ G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, préf. J. FLOUR, LGDJ, 1972, n° 122 et s., p. 90 et s. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique, op. cit. et loc. cit.*, n° 341 P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 406. La régularisation et la réfection sont des mécanismes distincts, opérés par les auteurs de l'acte irrégulier. Si l'acte est plurilatéral, comme un contrat, elles supposent un accord de volonté (V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 341 et s.). Cela exclut la qualification de prérogative contractuelle. En revanche, lorsqu'elles portent sur un acte unilatéral exercé dans le contrat, elles se réalisent par une décision. C'est par exemple le cas de la régularisation et de la réfection de la prérogative contractuelle exercée de manière irrégulière (V. *infra*, n° 521 et s. et n° 52' et s.). La régularisation supprime l'irrégularité qui entache l'exercice de la prérogative. La réfection de l'exercice irrégulier permet son remplacement. Dans ce cas, régularisation et réfection opèrent toutes deux la modification d'un élément du contenu contractuel. Dès lors, la régularisation et la réfection peuvent elles-mêmes être qualifiées de prérogatives contractuelles.

⁸³² V. P. HEBRAUD, préf. de la thèse de C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, LGDJ, 1973, p. XVII, qui émet des réserves : « on ne saurait, semble-t-il, accepter de ramener la confirmation à une renonciation à l'action en nullité. Ce n'est certes pas que cette renonciation ne puisse exister, notamment de la part des tiers ; mais on ne saurait les inclure dans le champ de la confirmation qu'au prix d'extensions abusives ».

⁸³³ La solution est affirmée à l'art. 1182, al. 5 C. civ. Dans le même sens précédemment, G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls, op. cit.*, n° 48 et s., p. 34 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique, op. cit.*, n° 349.

⁸³⁴ V. *infra*, n° 214 et s.

⁸³⁵ V. A. BENABENT, « La prolongation du contrat », *RDC* 2004. 117.

186. Prolongement unilatéral de la situation contractuelle. La faculté unilatérale de prorogation⁸³⁶ ou de reconduction⁸³⁷ de la situation contractuelle s'apparente à une prérogative permettant la modification de la durée du lien contractuel⁸³⁸. Elle a vocation à organiser sa continuation. Que la prérogative résulte d'une disposition légale, comme c'est le cas en matière de bail d'habitation⁸³⁹, ou d'une stipulation contractuelle, la distinction entre prorogation et reconduction semble éminemment théorique⁸⁴⁰. Monsieur Bénabent s'est élevé contre celle-ci : « Cette opposition [...] entre contrat initial prorogé et qui se poursuit et nouveau contrat qui vient cloner le précédent est-elle véritablement satisfaisante ? Entre les parties qui prévoient le 14 octobre de proroger leur contrat expirant le 15 et celles qui continuent à l'exécuter le 16 sans avoir rien dit, est-il véritablement justifié de faire une distinction aussi fondamentale pour soumettre celles-ci à un nouveau contrat et celles-là à leur premier accord ? »⁸⁴¹.

187. Admission de la reconduction unilatérale. La reconduction unilatérale pose une difficulté au regard du caractère inconciliable du consentement – et plus largement de la formation *ex nihilo* de la situation contractuelle – avec la décision. La reconduction unilatérale revient précisément à imposer au cocontractant la conclusion d'un nouveau contrat. Le second alinéa de l'article 1212 du Code civil dispose d'ailleurs que « nul ne peut exiger le renouvellement du contrat ». Certes, la règle n'est pas expressément d'ordre public mais sa formulation le suggère⁸⁴². Il est néanmoins possible de soutenir que la clause est valide,

⁸³⁶ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 550 : « La prorogation d'un contrat encore appelée « report » ou « substitution de terme » consiste en son prolongement et permet de différer ou de supprimer le terme extinctif prévu au contrat et, partant, de prolonger son existence. La clause de prorogation énonce les conditions et les effets de ce prolongement ».

⁸³⁷ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 563 : « La reconduction d'un contrat consiste en son renouvellement, c'est-à-dire en la substitution au contrat échu d'un nouvel accord. » La reconduction vaut donc conclusion d'un nouveau contrat, qui prend néanmoins part à une seule et même situation contractuelle dans la mesure où la reconduction résulte d'une continuation de l'état de fait et de droit du contrat initial. Il s'agit alors d'un « clonage » du contrat initial. En ce sens, A. BENABENT, « La prolongation du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 121.

⁸³⁸ A.-S. LAVEFVE-LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, *op. cit.*, n° 80 et s., p. 49 et s.

⁸³⁹ Art. 10 de la loi du 6 juillet 1989 n° 89-462.

⁸⁴⁰ Une différence de régime peut néanmoins apparaître. Contrairement à la prorogation, la tacite reconduction doit être assimilée dans ses effets au renouvellement selon l'article 1215 du Code civil. L'article 1214 dispose, pour sa part, que le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. En revanche, lorsque le contrat est prorogé, un nouveau terme peut être stipulé.

⁸⁴¹ A. BENABENT, « La prolongation du contrat », *op. cit.*, p. 127. L'opposition semble en effet artificielle, ce qui confirme l'intérêt de la notion de situation contractuelle, puisqu'il s'agit de conserver une situation de droit déjà formée, peu important qu'un nouveau contrat soit conclu ou que l'ancien perdure.

⁸⁴² Sur ce point, V. le *Rapport du Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF du 11 février 2016, n° 25 : « Dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article

« le cocontractant ayant, par la stipulation de la clause, accepté par avance d'être contraint par cette décision »⁸⁴³. Cet argument peut être discuté. Toutes les stipulations contractuelles proviennent d'une rencontre de volontés mais certaines peuvent être privées d'effet eu égard à la modification prévue. L'accord initial donné par le sujet passif pour stipuler la prérogative ne suffit pas toujours pour fonder son admission. Au regard de l'exigence de consentements réciproques pour créer une situation contractuelle, la prérogative de reconduction du contrat pourrait être réputée non écrite. Néanmoins, cette clause ne contraint pas le consentement du sujet passif pour créer *ex nihilo* une situation contractuelle. La formation du contrat reconduit se distingue de celle de la situation contractuelle qui l'englobe. Dans la mesure où le contrat originel est « cloné », la situation contractuelle préexiste au contrat reconduit. De la sorte, le principe qui veut que la création d'une nouvelle situation soit préservée de toute puissance unilatérale est respecté. Proche du droit d'option, la reconduction unilatérale renvoie à conférer à l'une des parties un pouvoir de décision relatif à la conclusion d'un nouveau contrat au sein d'une situation contractuelle déjà formée. En outre, le nouveau contrat est à durée indéterminée selon les articles 1214 et 1215 du Code civil. Par conséquent, sa formation est accompagnée de la naissance d'un droit de résiliation unilatérale dont pourra disposer le sujet passif en vertu de l'article 1211 du même code. L'assujettissement induit par l'exercice de la prérogative de reconduction est donc faible.

188. Fixation unilatérale du terme. Le projet d'ordonnance avait institué, dans son article 1305-1, la possibilité que la fixation du terme soit le résultat de « la décision de l'une des parties »⁸⁴⁴. Ce faisant, le législateur consacrait une nouvelle prérogative contractuelle. Celle-ci n'a toutefois pas été retenue, le nouvel article 1305-1 du Code civil ne faisant pas état

spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception. La subsistance dans certains articles de la mention « sauf clause contraire » n'autorise par conséquent aucune interprétation a contrario et ne remet nullement en cause le principe général du caractère supplétif des textes : ce rappel résulte seulement d'un pur souci didactique prenant en compte les souhaits exprimés par les professionnels au sujet de certains textes particuliers (en particulier sur le régime des obligations) ». V. toutefois, T. GENICON, O. DESHAYES, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 11-12. C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G.* 2016. 454. Ces auteurs tempèrent la radicalité de la formule du Rapport, en montrant que l'impérativité de certaines dispositions s'impose, en dépit du silence du législateur à cet égard.

⁸⁴³ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, op. cit., n° 369, p. 207.

⁸⁴⁴ V. Projet d'ordonnance de février 2015, Art. 1305-1 al. 2 : « Lorsque le terme n'a pas été fixé, ou lorsque sa détermination suppose un nouvel accord des parties ou la décision de l'une des parties, le juge peut, si le terme n'est pas déterminé à l'issue d'un délai raisonnable, le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties ».

d'une telle possibilité. Pour autant, la stipulation de cette prérogative par les parties n'est pas prohibée. Contrairement à ce qui a pu être défendu, le nouveau droit des contrats ne repousse pas l'unilatéralisme une fois le contrat conclu⁸⁴⁵. C'est au contraire lors de la création de la situation contractuelle que l'accord de volontés est exigé, or le terme n'entre pas dans les éléments nécessaires à la formation du contrat. Dès lors, on voit mal sur quel fondement un juge pourrait priver de son efficacité la clause qui laisserait, par exemple, le soin à l'une des parties de décider de la date d'échéance d'une obligation au temps de l'exécution de sa contrepartie, ou du terme de la situation contractuelle, dès lors qu'elle appartient à la catégorie des contrats de gré à gré.

L'examen des prérogatives modifiant la durée de la situation contractuelle a permis d'asseoir leur consécration. Le *potentior* peut, par sa puissance décisionnaire, imposer la survie de la situation contractuelle ou combattre son extinction. En d'autres termes, il peut assurer sa consolidation dans le temps. D'autres prérogatives contractuelles permettent, à l'inverse, de mettre fin à la situation contractuelle.

2) L'extinction du lien contractuel

189. L'extinction du lien contractuel apparaît comme la catégorie d'effets la plus courante des prérogatives contractuelles. D'une part, on constate un nombre important de prérogatives qui permettent l'extinction du contrat. D'autre part, beaucoup d'entre elles ont une source légale, si bien que leur exercice est à la portée de nombreux contractants. Ces prérogatives sont diverses. Une sous-distinction selon l'effet rétroactif ou non rétroactif de l'extinction serait artificielle. Aucune prérogative d'extinction n'est nécessairement rétroactive : la résolution peut jouer pour l'avenir seulement⁸⁴⁶. Une sous-distinction fondée sur la condition d'inexécution est alors préférable, selon qu'elle est requise (a) ou non (b).

a) Les prérogatives d'extinction à titre de sanction

190. **Les prérogatives de résolution.** La clause résolutoire décrite à l'article 1225 du Code civil et la résolution par notification dont dispose l'article 1226 s'imposent en maîtres

⁸⁴⁵ V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., spéc. n° 799.

⁸⁴⁶ Art. 1229, al. 3 C. civ. En ce sens déjà, T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 700, p. 502 : la rétroactivité n'est qu'un « simple procédé technique »⁸⁴⁶ et non « l'objet propre de la résolution ».

au sein de la catégorie des prérogatives de sanction⁴⁴⁷. Si cette dernière est offerte à tous les contractants, la clause résolutoire voit sa validité encadrée par l'exigence de précision des engagements dont l'inexécution pourra entraîner sa mise en œuvre. Les « clauses-balai » sont donc interdites. L'inexécution s'annonce comme la condition d'existence de ces deux prérogatives⁴⁴⁸. La condition d'existence se distingue de la condition de validité. La différence est à la fois chronologique – pour exister, le droit doit être valide – et conceptuel. Les conditions de validité d'un droit concernent les exigences requises pour lui permettre d'intégrer l'ordre juridique. Ainsi, la clause résolutoire doit, pour être valable, recenser les manquements qui permettront sa mise en œuvre. La condition d'existence peut se définir comme l'événement qui concrétise le droit entre les mains de son titulaire. Préalablement à la réalisation de l'événement, le droit n'a qu'une existence évanescence dans le contenu contractuel – il est « en germe – or ce qui n'a pas acquis existence certaine ne peut être exercé. Ce n'est que par l'inexécution que les prérogatives de résolution peuvent être mise en œuvre et produire, *in fine*, leur effet. La réalisation de la condition ouvre la voie au *potentior* pour décider de la résolution du contrat. L'objet de l'inexécution interroge cependant. Puisque l'article 1225 exige que la clause résolutoire précise les engagements susceptibles d'entraîner sa mise en œuvre, il faudra s'en tenir à l'intention explicite des parties. La clause qui prévoit le droit de résoudre le contrat en cas de mauvaise foi devrait, par exemple, être efficace. En revanche, l'article 1226 affirme dans son deuxième alinéa qu'il s'agit pour le débiteur de « satisfaire à son obligation ». Conforme à la conception séculaire de l'inexécution, elle devrait alors s'interpréter comme la violation d'un élément du contenu obligationnel du contrat. Toutefois, la consécration de la résolution unilatérale légale s'appuie sur la jurisprudence *Tocqueville* dans laquelle la Cour de cassation se contentait de subordonner

⁴⁴⁷ Une autre analyse avait été proposée par une partie de la doctrine, aux termes de laquelle la résolution unilatérale « aux risques et périls » de son auteur (formule que l'on retrouve au nouvel art. 1226 C. civ.) renverrait à une mesure purement matérielle, serait un simple fait juridique non assimilable à un acte. V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007, n° 677 et s., p. 481 et s. ; Il s'agirait d'anticiper la résolution judiciaire, seule décision ayant un caractère juridique. Cette analyse tranche avec la définition de la prérogative contractuelle qui consiste en un droit d'imposer une décision juridique opérant du même coup une modification que le juge, en cas de litige, se contentera de constater dès lors qu'elle ne contrevient pas aux conditions d'exercice de la prérogative. En outre, rien n'indique, à la lecture de l'article 1226 que le législateur a entendu consacrer la conception a-juridique de la résolution unilatérale, le deuxième alinéa précisant même que le créancier sera « en droit de résoudre le contrat ». Nous souscrivons en ce sens à l'opinion de Madame Jaouen, V. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. MAZEAUD, Economica, 2013, spéc. n° 143 et s., p. 122 et s.

⁴⁴⁸ Pour une illustration d'une résolution unilatérale mise en œuvre en l'absence de tout manquement contractuel et sanctionnée, V. Cass. Com. 10 janv. 2018, n° 16-21.949 ; *RTD civ.* 2018. 398, H. BARBIER.

l'anéantissement du contrat à « la gravité du comportement d'une partie »⁸⁴⁹. À cet égard, la notion d'inexécution doit s'appliquer à l'ensemble des stipulations contractuelles, qu'elles induisent ou non une prestation. Dans le même sens, d'anciens arrêts rendus par la Cour de cassation attestent la reconnaissance de la résolution pour inexécution en cas de manquement au devoir de bonne foi⁸⁵⁰. Un autre arrêt de la Cour de cassation pourrait d'ailleurs s'analyser pareillement⁸⁵¹. En l'espèce, la résolution judiciaire d'un bail à métayage avait été prononcée sur le fondement de l'ancien article 1184 du Code civil aux torts du bailleur en raison de son comportement agressif et injurieux à l'égard du preneur. Aucune inexécution obligationnelle n'avait pourtant été constatée, ce qu'invoquait le pourvoi rejeté par la Cour de cassation⁸⁵². En dépit des doutes relatifs à l'aspect général du droit positif sur ce point⁸⁵³, et par-delà le champ d'application *rationae materiae* de l'article 1226 du Code civil, l'inexécution contractuelle doit se comprendre comme le manquement à une règle contractuelle quelle que soit sa nature. Il importe peu que le contenu de la règle violée soit obligationnel, décisionnel ou comportemental, dès lors qu'elle a force obligatoire entre les parties⁸⁵⁴. Le critère de gravité de l'inexécution exigé par l'article 1226 empêche les dérives d'extinctions compulsives de contrats sans fondement ou de dissolutions destinées à échapper à ses engagements⁸⁵⁵.

191. Les fonctions de la résolution. L'anéantissement du contrat suppose que sa phase de formation est achevée ; la résolution est donc mise en œuvre lors de la phase d'exécution de la situation contractuelle. La modification engendrée constitue une adaptation. Elle fait suite au changement de circonstances qui a conduit le sujet passif à violer ses engagements. La pluralité des causes possibles de sa défaillance confère une pluralité de

⁸⁴⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300, *op. cit.* En ce sens, M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, op. cit.*, spéc. n° 100, p. 93. Plus récemment, Cass. Com. 6 déc. 2016, n° 15-12.891. V. égal. Art. 49 CVIM.

⁸⁵⁰ V. M. PICARD et A. PRUDHOMME, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *RTD civ.* 1912. 61, spéc. p. 88 et s. ; Cass. Req. 18 juin 1902 ; *D.* 1903. I. 342 ; Req. 18 avr. 1904, *S.* 1904. I. 444. En ce sens égal., T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.*, spéc. n° 283 et s., p. 208 et s.

⁸⁵¹ Cass. Civ. 3^e, 29 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 93 ; *RTD civ.* 1988. 536, J. MESTRE.

⁸⁵² M. Chénédé a toutefois circonscrit la portée de cet arrêt en expliquant la sanction par la nature du bail à métayage, lequel s'analyse en un contrat-partage mais non comme en un contrat-échange. En se fondant sur la théorie de la cause, cet auteur invoque la finalité de ce type de contrat, qui n'est nullement la contrepartie mais la réalisation d'une association, en l'occurrence le partage des produits agricoles. V. F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé, op. cit.*, spéc. n° 321, p. 302. Comp. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, op. cit.*, spéc. n° 107, p. 98 : Madame Jaouen associe cette solution à la résolution pour risque d'inexécution. Sur ce point, V. encore T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.*, n° 315 et s., p. 228 et s.

⁸⁵³ L'article 1226 al. 2 C. civ. évoque le débiteur défaillant comme celui qui doit « satisfaire à ses obligations ».

⁸⁵⁴ Sur la notion d'inexécution, V. *infra*, n° 471 et s.

⁸⁵⁵ Sur le détournement de finalité des prérogatives de sanctions de l'inexécution, V. *Infra*, n° 392 et s., spéc. n° 399.

fonctions à la résolution, qu'elle soit judiciaire ou privée. Si la résolution pour inexécution « a été construite par le juge et pour le juge »⁸⁵⁶, l'introduction des prérogatives de résolution a engendré un déplacement de son rôle. Le juge n'intervient plus pour déclarer la résolution mais pour en vérifier les conditions d'existence et d'exercice. Dans le respect de la loi des parties, le juge n'est pas amené à dire s'il aurait lui-même prononcé la résolution mais si le *potentior* était légitime à le faire compte tenu des circonstances. Dès lors, les fonctions identifiées de la résolution judiciaire sont maintenues dans la résolution privée. À cet égard, l'adaptation de la situation contractuelle par l'extinction du contrat se conçoit comme « une réaction efficace à l'embarras causé par l'inexécution »⁸⁵⁷. Institution fonctionnelle, la résolution se conçoit en premier lieu comme un « instrument de liquidation »⁸⁵⁸. Sa fonction économique permet « une fois l'opération économique avortée [de] se débarrasser de son enveloppe juridique, devenue aussi inutile qu'encombrante, le contrat »⁸⁵⁹. En deuxième lieu, la résolution œuvre à titre de garantie, pour prémunir le créancier contre les dommages causés par l'inexécution⁸⁶⁰. En troisième lieu, la résolution peut être affublée d'une fonction pénale, à la fois comminatoire et punitive lorsque l'inexécution est imputable au débiteur. Ces rôles s'entremêlent dans chaque forme de résolution : judiciaire, par notification ou via une clause résolutoire. Leur importance est variable selon la situation des parties, les particularités de l'opération organisée par le contrat, la nature de la règle contractuelle inexécutée et la cause de l'inexécution. Comme en matière de résolution judiciaire, les résolutions unilatérales conservent une fonction économique et une fonction de garantie⁸⁶¹. Leur utilité est sans appel : le créancier victime de l'inexécution contractuelle peut faire cesser le contrat de façon définitive et dans un temps court⁸⁶². De la sorte, le devenir de ses affaires n'est pas suspendu au bon vouloir du débiteur : c'est là tout l'avantage de la prérogative contractuelle. Dans le processus de résolution, le *potentior* n'est pas automatiquement soumis à une procédure longue qui figerait le cours du temps ; celle-ci n'est qu'hypothétique, en cas de contestation

⁸⁵⁶ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 198, p. 144.

⁸⁵⁷ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 206, p. 151.

⁸⁵⁸ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 210, p. 152.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 212 et s., p. 152 et s.

⁸⁶¹ En ce sens, le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 févr. 2016 insiste sur l'efficacité économique que promeut la résolution par notification, qui n'est « plus appréhendée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, mais est traitée comme une faculté autonome [...] Elle repose en effet sur l'idée que le créancier victime de l'inexécution, au lieu de subir l'attente aléatoire du procès et de supporter les frais inhérents à l'intervention du juge, peut tout de suite ou dans un délai raisonnable, conclure un nouveau contrat avec un tiers ».

⁸⁶² Sur les conditions formelle d'exercice des prérogatives de résolution, notamment en matière de mise en demeure et de délais, V. *infra* n° 409 et s.

par l'une des parties. La résolution unilatérale « se présente comme un gage de l'efficacité économique et sociale du contrat »⁸⁶³. Elle est efficace à ce niveau « dans la mesure où [elle] permet une plus prompte réallocation des ressources »⁸⁶⁴, et écarte la paralysie que peut entraîner une procédure judiciaire. Le contrat reste la chose des parties y compris en matière de sanction de l'inexécution⁸⁶⁵.

192. Indifférence de la cause de l'inexécution. Faut-il que l'inexécution soit imputable au débiteur pour que le créancier acquière la puissance de résoudre unilatéralement le contrat ? Cette question ne peut pas être traitée de façon similaire pour les deux prérogatives de résolution. Dans le cas de la clause résolutoire, le mécanisme est comminatoire et sa fonction punitive est cardinale. C'est ce qui explique qu'un manquement véniel permette d'engager sa mise en œuvre dès lors que les parties l'ont prévu⁸⁶⁶. Dans le silence des parties, la fonction punitive permettrait d'arguer contre la mise en œuvre de la clause lorsque l'inexécution n'est pas attribuable au débiteur – ce qui, du reste, est une opinion partagée⁸⁶⁷. Cependant, la possibilité de résoudre le contrat pour une inexécution de faible gravité peut être appréhendée différemment : il s'agit de laisser les parties décider de l'importance qu'elles entendent conférer à chacun des engagements prévus au contrat. Dans ce cas, les fonctions économique et de garantie prennent toute leur vigueur. Le créancier est en droit de résoudre le contrat parce que les parties ont elles-mêmes érigé l'exécution de l'obligation comme un élément important de la réalisation de leur opération, l'origine de l'inexécution étant sans importance. Cette opinion prend appui sur l'exigence de détermination des engagements susceptibles de donner lieu à l'exercice de la clause et, corrélativement, sur l'interdiction des clauses résolutoires « balai ». Par ailleurs, l'article 1225 du Code civil ne fait pas de distinction selon les causes de l'inexécution. Par conséquent, la cause de l'inexécution est indifférente en matière de clause résolutoire.

⁸⁶³ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *op. cit.*, n° 117 et s., spéc. n° 118, p. 105.

⁸⁶⁴ C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat », *op. cit.*, n° 5, p. 76.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ Sur l'exercice de la clause résolutoire dans l'hypothèse d'une inexécution dérisoire, V. toutefois *infra* n° 399.

⁸⁶⁷ En ce sens, T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 232, p. 173. Égal. C. CHABAS, « Résolution, Résiliation – Conditions de la résolution pour inexécution », in *Répert. dr. civ.*, oct. 2010 (actu. : nov. 2018), n° 118, qui cite : CA Paris, 10 févr. 1953, *Gaz. Pal.* 1953.1.390. Cass. Com. 11 janv. 1966, *Bull. civ.* III, n° 17. Cass. Com. 19 juill. 1966, *Bull. civ.* III, n° 367. Cass. Civ. 1^{re}, 29 juin 1971, *Bull. civ.* I, n° 212. Cass. Civ. 3^e, 16 avr. 1986, *Bull. civ.* III, n° 41 ; *RTD civ.* 1987. 316, J. MESTRE. Cass. Civ. 3^e, 21 nov. 1990, *Bull. civ.* III, n° 238.

En matière de résolution par notification, là encore, la loi ne distingue pas entre les causes de l'inexécution. *Ubi lex...* dit la maxime, à quoi s'ajoutent les alinéas 2 et 3 de l'article 1218 du Code civil⁶⁶⁸. En outre, la prérogative de l'article 1226 du Code civil impose une inexécution de gravité suffisante pour justifier l'extinction du contrat. Si la « suffisante gravité » fait la part belle aux interprétations multiples, ce qualificatif opère néanmoins un rapprochement de la résolution par notification avec l'esprit de la résolution judiciaire. La jurisprudence a montré son indépendance à l'égard de la doctrine en refusant de réserver la résolution judiciaire aux seules hypothèses d'inexécution fautive imputable au débiteur⁶⁶⁹. Ce choix jurisprudentiel rejette la gradation des fonctions économique, pénale et de garantie dans l'institution de la résolution. Pourquoi soutenir alors la primauté de la fonction pénale sur la fonction économique et la fonction de garantie ? D'aucuns pourraient arguer que ce serait faire fi des distinctions qui irriguent ces deux modes de résolution du contrat. L'argument serait fondé sur l'essence unilatérale de la résolution par notification et le prisme qu'elle induit, en conséquence de quoi la fonction pénale de cette prérogative serait dominante par comparaison avec la résolution judiciaire. Concevoir la prérogative de résolution comme un « droit de réponse » accordé au créancier face au débiteur qui manque délibérément à ses engagements semble toutefois réducteur. Il serait inexact de retirer aux prérogatives de sanctions les fonctions économique et de garantie du créancier qu'elles dispensent. Indubitablement, la résolution par notification crée une forme de tension disciplinaire que chaque partie détient à l'encontre de l'autre comme force de dissuasion. Il n'en demeure pas moins que dans l'hypothèse d'une inexécution due à un cas fortuit ou à une force majeure, la finalité d'adaptation face aux changements de circonstances doit pouvoir jouer son rôle. C'est nier la raison d'être de la catégorie des prérogatives contractuelles que de réduire la résolution unilatérale à une pure sanction. La résolution peut donc consister en une prérogative de remède⁶⁷⁰. La résolution par notification doit rester une faculté entre les mains du créancier

⁶⁶⁸ En revanche, la force majeure est une cause d'exonération de la responsabilité contractuelle du débiteur aux termes de l'article 1231-1 du Code civil.

⁶⁶⁹ Cass. Civ. 3 août 1875, *D.* 1875.1.409 ; Cass. Civ. 14 avr. 1891, *Ceccaldi*, *D.* 1891.1.329, M. PLANIOL ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *op. cit.*, n° 180 ; Cass. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2014, n° 13-24.633 ; *D.* 2015. 529, S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 juin 2016, n° 15-18.929 ; *RTD com.* 2016. 834, B. BOULOC. La solution est désormais consacrée à l'art. 1218 C. civ. V. égal. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 127 et s., p. 91 et s. : l'auteur en conclut que la résolution judiciaire « s'applique à tous les cas d'inexécution, et que le mode de résolution ne varie pas selon que le manquement est dû ou non à une faute du débiteur » (*Ibid.*, n° 149, p. 111). V. égal. O. DESHAYES, « Théorie des risques », *in Répert. dr. civ.*, juil. 2017 (actu. mai 2018), Dalloz, n° 51 et s. Comp. D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994. 223, n° 27.

⁶⁷⁰ V. M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016. 400. Le terme « sanction » laisse penser que la fonction pénale prime sur les autres tandis que la notion de remède rend la cause de

quelles que soient les raisons qui sont à l'origine de l'inexécution. De plus, la gravité de l'inexécution exigée par l'article 1226 suffit à justifier la résolution du contrat en cas de force majeure, corroborée par l'article 1218 du Code civil. La gravité doit alors s'apprécier différemment selon la cause de l'inexécution. En effet, l'inexécution fautive du débiteur engendre une perte de confiance de la part du créancier qui participe de la gravité. À l'inverse, l'inexécution non imputable au débiteur doit être caractérisée par un manquement important eu égard à l'économie du contrat pour justifier l'exercice de la résolution par notification. Ainsi, il faudrait que l'inexécution soit définitive pour justifier une résolution, ou seulement temporaire mais suffisamment grave aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 1218. Pourquoi vouloir écarter l'application de l'article 1226 en pareil cas ? La prérogative de résolution par notification a vocation à s'appliquer dans les hypothèses prévues par l'article 1218, c'est-à-dire lorsque l'inexécution d'une gravité suffisante survient indépendamment de sa cause. L'inexécution est donc « objective » en cela que seule compte la constatation de la violation de la règle contractuelle.

Faire obstacle au projet contractuel n'est pas, en revanche, une condition applicable aux prérogatives de rupture pour l'avenir.

b) Les prérogatives d'extinction non subordonnées à l'inexécution

193. Les prérogatives de sortie du lien contractuel. Au sein des prérogatives d'extinction de la situation contractuelle se classent celles qui ont pour effet de mettre fin au contrat sans qu'un manquement du débiteur doive être constaté. La faculté de résiliation unilatérale, conférée par l'article 1211 du Code civil à tous les contractants engagés pour une durée indéterminée, se range parmi elles. Dans le même sens, rien ne s'oppose à ce qu'une clause de rupture anticipée soit stipulée dans un contrat de droit commun à durée déterminée⁸⁷¹. Elle trouverait alors naturellement sa place dans cette catégorie de prérogatives contractuelles. Comme vu précédemment, le Code Napoléon a conféré au mandant la faculté

l'inexécution indifférente. Ces prérogatives ont néanmoins été qualifiées de prérogatives de sanction dans ces lignes pour éviter toute confusion. Après tout, l'adaptation de la situation contractuelle est toujours un remède au changement de circonstances.

⁸⁷¹ La jurisprudence l'a, du reste, approuvé, V. Cass. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 98 ; *D.* 2001. 3240, D. MAZEAUD ; *JCP G.* 2001.I.354, J. ROCHFELD ; *Defrénois* 2001. 1048, E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2001. 584, J. MESTRE et B. FAGES. Cass. Com. 8 juin 1999, n° 96-18.108 ; *RTD civ.* 2001. 585, J. MESTRE et B. FAGES. Cass. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, n° 10-13.980, *D.* 2011. 676, Y. ROUQUET ; *RDC* 2011. 832, T. GENICON. Dans le même sens, C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, *op. cit.* ; P. DELEBECQUE, « L'anéantissement unilatéral du contrat », *op. cit.*, spéc. n° 14, p. 66.

de mettre fin au mandat *ad nutum* y compris lorsque le contrat est à durée déterminée⁸⁷², comme il l'a fait en faveur du déposant⁸⁷³ ou du vendeur de denrées et effets mobiliers⁸⁷⁴. Le droit du travail offre également des exemples de prérogatives de rupture pour l'avenir. Ainsi, la démission du salarié, définie comme « la rupture du contrat de travail à durée indéterminée »⁸⁷⁵ s'impose en leur sein, par analogie avec la faculté offerte par l'article 1211 du Code civil. De même, la rupture du pacte civil de solidarité, défini comme un contrat à l'article 515-1 du Code civil, peut se faire par décision unilatérale de l'un des partenaires⁸⁷⁶.

L'intérêt de ces prérogatives d'extinction consiste à amoindrir la radicalité de l'engagement contractuel de façon que, si l'opération projetée ne convient plus à l'une des parties, celle-ci pourra s'en départir. L'utilité qu'une telle possibilité présente pour tout contractant se conçoit facilement. Plus encore, la nécessité de cette prérogative dans les contrats qui ne connaissent pas de terme extinctif est absolue. Qu'il s'agisse du PACS, du contrat à durée indéterminée de droit commun ou du contrat de travail à durée indéterminée, la perpétuité obligatoire astreindrait les parties à une situation de captivité juridique⁸⁷⁷. C'est d'ailleurs sur ce fondement que les Sages de la rue Montpensier ont érigé la faculté de résiliation unilatérale à un rang constitutionnel, estimant que celle-ci résultait de « la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁸⁷⁸. Plus généralement, la prohibition des prérogatives de rupture pour l'avenir aurait probablement pour conséquence des évolutions néfastes, qui, pour reprendre les termes de Demogue, feraient la part belle « au règne du provisoire et de l'instable »⁸⁷⁹. En effet, il y a fort à parier que face à la radicalité d'un engagement sans porte de sortie, les parties chercheraient par tous les moyens à contourner la

⁸⁷² Art. 2003 et 2004 C. civ. ; Jurisprudence constante, V. par ex. Cass. Civ. 3^e, 27 avr. 1988, *Bull. civ.* III, n° 80 ; *D.* 1989. 351, C. ATIAS. La révocation est toujours possible encore que le mandat soit d'intérêt commun : Cass. Civ. 1^{re}, 2 oct. 2001, *Bull. civ.* I, n° 239 ; *RTD civ.* 2002. 118, P.-Y. GAUTIER ; *JCP G* 2002.II.10094, Y. DAGORNE-LABBE ; *JCP E* 2002.593, E. TREPPOZ. La règle n'est toutefois pas d'ordre public : V. Cass. Req. 8 avr. 1957, *D.* 1858.I.134 ; I. NAJJAR, « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003, chron. 708. Le mandant conserve toutefois son droit de renoncer au mandat projeté : Cass. Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, *Bull. civ.* I, n° 269 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. n° 184, L. LEVENEUR.

⁸⁷³ Art. 1944 C. civ. ; Jurisprudence constante, V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 28 fév. 1989, *Bull. civ.* I, n° 97 : « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, soit verbalement soit par sommation, soit par tout autre acte équivalent ».

⁸⁷⁴ Art. 1657 C. civ. (Vente de denrées et effets mobiliers), *loc. cit.*

⁸⁷⁵ Art. L. 1237-1 et 1237-2 C. trav.

⁸⁷⁶ Art. 515-7, al. 3 et 5 C. civ.

⁸⁷⁷ Sur les origines de la prohibition des engagements perpétuels, V. O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, spéc. n° 35 et s. p. 34 et s. : aux côtés de l'objectif historique de l'idéal libéral révolutionnaire s'est ajouté un objectif de rationalisation économique conçue comme vecteur d'accroissement des richesses par la libre circulation des biens et, par là même, propre à alimenter la liberté individuelle.

⁸⁷⁸ Cons. Const., 9 nov. 1999, DC n° 99-419, *PACS, loc. cit.*, « Considérant » n° 61.

⁸⁷⁹ R. DEMOGUE, « Des modifications au contrat par volonté unilatérale », *op. cit.* et *loc. cit.*, p. 262.

règle par la conclusion de contrats de très courte durée, au prix de la stabilité des rapports contractuels, de la longévité des échanges, voire de l'utilité de l'outil contractuel.

194. **Les prérogatives de repentir.** Outre les prérogatives précitées, la loi prévoit ou permet, en droit commun⁸⁸⁰ et dans certains droits spéciaux, diverses facultés de rétractation. Celles-ci autorisent leurs titulaires à revenir sur la formation du contrat de manière rétroactive. Les droits de repentir supposent que le contrat n'a pas encore été exécuté. Plus précisément, ces droits ont vocation à empêcher le passage de la phase de création de la situation contractuelle à l'étape de son exécution, donc à empêcher la formation définitive du lien contractuel⁸⁸¹. Ces prérogatives s'apparentent au pendant du droit d'option qui, lui, a pour fonction de confirmer le lien contractuel. Le droit de la consommation fournit de nombreux exemples de droits de rétractation au bénéfice du consommateur qui, pris de regrets, pourra revenir sur la formation du contrat⁸⁸². La protection de la partie faible est au cœur de la règle⁸⁸³. « Ces contractants sont de toutes les époques, qui, à peine le marché conclu, en ont du regret. [...] Les droits légaux de repentir que, sous des rubriques diverses, connaît notre droit positif paraissent avoir un même but social, qui est de protéger des contractants non professionnels contre des combinaisons facilement captieuses »⁸⁸⁴. Les prérogatives de repentir se trouvent également en matière de vente d'immeuble à construire lorsque l'acquéreur n'est pas professionnel⁸⁸⁵, ou existent pour l'auteur d'une œuvre qui a cédé son droit d'exploitation⁸⁸⁶. Les mécanismes de la vente à réméré⁸⁸⁷ et de la vente avec test commercial sont analogues. Ils se distinguent des facultés de rétractation dans la mesure où le contrat a été exécuté mais peuvent être qualifiées de prérogative de repentir. La faculté de rachat et la prérogative de restitution du bien vendu permettent en effet de revenir rétroactivement sur le contrat conclu. En droit commun, la clause de dédit habilite son titulaire à se soustraire à l'exécution de ses obligations contractuelles, la plupart du temps en échange du paiement d'une indemnité⁸⁸⁸. La

⁸⁸⁰ Art. 1122 C. civ.

⁸⁸¹ En ce sens, J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 522 ; L. BOYER, « La clause de dédit », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41, spéc. p. 47 ; C. HUMANN, « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997. 169.

⁸⁸² Par ex., art. L. 312-19 C. conso. en matière de crédit à la consommation ; Art. L. 224-91 C. conso. en matière de courtage matrimonial ; Art. L. 221-18 C. conso. en matière de contrats conclus à distance, *loc. cit.*

⁸⁸³ Sur cette notion, V. *infra*, n° 271 et s.

⁸⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, tome 4, Les obligations, op. cit.*, n° 114, p. 221.

⁸⁸⁵ Art. L. 271-1 CCH.

⁸⁸⁶ Art. L.121-4 CPI.

⁸⁸⁷ Art. 1659 et s. C. civ.

⁸⁸⁸ Rien n'empêche que la clause de dédit soit stipulée gratuitement. V. Cass. Com. 30 oct. 2000, n° 98-11.224 ; D. 2001, somm. 3241, D. MAZEAUD ; *Contrats, conc. consom.* 2001, n° 21, L. LEVENEUR. Comp. M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », *op. cit.*, spéc. n° 15, p. 26. Par ailleurs, le caractère onéreux ou gratuit

même analyse prévaut ici : le contrat n'est pas encore entré dans sa phase d'exécution si bien que sa mise en œuvre permet de rompre le lien contractuel avant qu'il ne soit définitivement formé.

195. Conclusion sur les prérogatives d'extinction du lien contractuel. Le nombre des prérogatives d'extinction de la situation contractuelle confère à celles-ci une certaine banalité qui tranche pourtant avec leur variété. Tandis que certaines ont une source légale, d'autres sont d'origine contractuelle. Si quelques unes se justifient par une volonté de protection d'une partie contractante à l'image des facultés de rétractation du consommateur, d'autres renvoient à la nature même du contrat conclu, comme en matière de mandat ou de dépôt. D'autres confèrent à leur titulaire le droit de se faire justice en permettant une résolution pour inexécution déjudiciarisée. La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, élevée au rang de valeur constitutionnelle⁸⁸⁹, est pour sa part présentée comme l'outil de lutte contre des engagements perpétuels donc asservissants. Enfin, l'éventualité d'une prérogative de résiliation unilatérale dans des contrats à durée déterminée a été évoquée, avec pour seule justification envisageable le principe de liberté contractuelle. Indépendamment des comportements déloyaux qui pourraient paralyser la mise en œuvre des prérogatives d'extinction du lien contractuel ou de rapports déséquilibrés qui pourraient remettre en cause leur validité, il serait absurde de tenter de légitimer en bloc leur existence ou, à l'inverse, de les rejeter par principe. Les limites du principe de « rupture efficace » ont été démontrées⁸⁹⁰, si bien que se contenter de l'efficacité économique pour éradiquer les notions de justice et de morale contractuelles démontrerait une vision particulièrement cynique des rapports entre les contractants⁸⁹¹. Le culte de l'engagement relationnel de confiance est également hors de propos. S'il est possible de rompre les engagements affectifs, filiation exceptée, il faut *a fortiori* faire de même pour les engagements économiques. La prise en compte de l'évolution des circonstances au cours du temps impose d'admettre que la

de la décision est indifférent quant à la qualification de prérogative contractuelle. V. *supra*, n° 46. Sur la clause de dédit et ses diverses manifestations, notamment en matière de contrat d'acquisition d'entreprises, V. J. GRANOTIER, « Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de *break-up fees* », *D.* 2014. 1960.

⁸⁸⁹ Cons. Const., DC, 9 nov. 1999, n° 99-419, *PACS*, *loc. cit.* ; JO 16 nov. 1999, p. 16962.

⁸⁹⁰ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992, n° 57 et s., p. 49 et s. ; M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *op. cit.*, n° 102 et s., p. 93 et s. ; J. ROCHFELD, « La rupture efficace », in *Droit et économie des contrats*, *op. cit.*, p. 169. Comp. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2004, n° 405 et s., p. 485 et s., spéc. n° 412 et s., p. 495.

⁸⁹¹ Égal. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *op. cit.*, n° 104, p. 96 ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, spéc. n° 647, p. 462.

parole donnée soit mise à mal, sous peine de créer une justice en forme d'impératif kantien peu à même de servir la réalité humaine. Simplement, la litanie des prérogatives de rupture atteste que tout contrat peut faire, d'une manière ou d'une autre, l'objet d'une extinction par décision unilatérale. Aussi, c'est au stade de leurs modalités d'exercice, et des sanctions de leur non-respect qu'un équilibre pourra être trouvé. La présentation classique du *mutuus dissensus* comme « l'évidence même »⁸⁹² pour défaire le lien contractuel paraît *in fine* être une expression, sinon résiduelle, du moins parcellaire des nombreuses formes de la rupture contractuelle.

B. La modification du contenu contractuel

196. Outre les prérogatives dont l'effet porte sur l'existence du contrat, apparaissent celles qui ont pour effet de modifier son contenu. Le contenu renvoie à l'ensemble des règles contractuelles qui organisent l'opération économique. Il faut distinguer, parmi elles, les prérogatives qui concernent la détermination de l'obligation, dans son objet ou dans sa quantité, de celles qui modifient les modalités du contrat, par exemple son lieu d'exécution, sa durée ou l'identité des parties. Les premières sont des prérogatives contractuelles qui ont pour effet de modifier le contenu obligationnel du contrat ; les secondes produisent leur effet sur une règle non obligationnelle. Cette distinction procède du constat que la détermination de la prestation ne doit pas être confondue avec les règles périphériques qui organisent son exécution, leur effet sur le contenu obligationnel du contrat étant indirect⁸⁹³. Sans prétendre à l'exhaustivité, un état des lieux des prérogatives connues en la matière permettra de rendre compte des modifications unilatérales permises par leur exercice, tant sur le contenu obligationnel du contrat (1), que sur sa matière non obligationnelle (2).

⁸⁹² A. SIRI, *Le mutuus dissensus, Notion – Domaine – Régime*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 73, p. 94.

⁸⁹³ La présentation a une visée didactique. Il est indéniable que la modification de l'échéance de l'obligation peut modifier l'obligation elle-même. « En effet, la date d'exigibilité constitue une valeur économique, le crédit, et le prix de la prestation est souvent fixé en fonction du délai d'exécution. La livraison d'une marchandise en 24 heures, par exemple, ne constitue pas une prestation identique à la livraison en 48 heures, d'autant moins que la valeur de certaines marchandises peut considérablement varier à bref délai ». V. A. ÉTIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, n° 15, p. 53.

1) La modification du contenu obligationnel

197. Songer qu'un contractant puisse modifier l'objet d'une obligation, qu'elle soit à sa charge ou qu'il en soit créancier, est *a priori* vertigineux. Pourtant, cette faculté n'est ni nouvelle, ni exceptionnelle. Les obligations disjonctives constituent deux exemples probants de droits offrant la possibilité de décider de la prestation à payer *in fine*. Elles permettent une modification de la teneur d'une obligation contractuelle (a). La prérogative contractuelle peut, en outre, modifier le prix de la prestation dans certains contrats. Elle est permise lorsque le prix ne constitue pas un élément caractéristique du contrat conclu. Lorsque l'obligation a pour objet une chose de genre, en particulier lorsqu'il s'agit d'argent, sa détermination implique sa quantification⁸⁹⁴ (b). Enfin, la prérogative contractuelle peut avoir pour objet d'activer une obligation qui revêtait jusqu'alors un caractère éventuel. La mise en œuvre de cette prérogative rend le sujet passif débiteur d'une nouvelle obligation contractuelle (c).

a) La modification de l'objet de l'obligation

198. **Les obligations disjonctives.** Stipuler une prérogative de modification de la prestation attendue en vertu du contrat consiste à introduire de la flexibilité. Une latitude temporelle est laissée au débiteur en principe (mais quelque fois au créancier) pour décider en temps voulu de la prestation qui sonnera sa libération⁸⁹⁵. Les prérogatives contractuelles qui permettent la modification de l'objet d'une obligation ont donc vocation à organiser juridiquement une incertitude dont l'issue la plus conforme aux intérêts du *potentior* ne sera connue que postérieurement à la formation du contrat. Si le lien obligationnel s'en trouve inchangé, son objet, la prestation, est pour sa part indéterminé. Les obligations alternative et facultative permettent, à cet effet, d'aménager l'indécision qui entoure la prestation. La fonction d'adaptation du contrat propre à la prérogative contractuelle apparaît de façon éclatante et démontre l'intérêt que les parties trouvent dans leur stipulation. Leur admission s'explique par l'objectivation qui entoure la décision. À l'inverse de la détermination unilatérale de la prestation prohibée par l'article 1163 du Code civil, les obligations

⁸⁹⁴ La notion de choses de genre doit être entendue comme « les choses qui se comptent et se mesurent ». V. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 107a et spéc. 152, p. 240.

⁸⁹⁵ Contrairement aux obligations disjonctives, la dation en paiement exige un accord des parties. Cette exigence s'exprime à l'article 1342-4, al. 2, C. civ. et ressortait déjà, sous une autre formulation, de l'ancien article 1243 C. civ. La qualification de prérogative contractuelle s'en trouve exclue.

disjonctives s'apparentent à des choix dont les termes sont fixes⁸⁹⁶. De la sorte, elles en deviennent déterminables et par là même tolérables pour le sujet passif. La potestativité qui les habite est limitée, donc admissible.

199. L'obligation alternative. Le caractère alternatif de l'obligation éponyme, décrite à l'article 1307 du Code civil, constitue une prérogative contractuelle. Elle permet à un *potentior*, en principe débiteur⁸⁹⁷, de décider seul de la prestation qui le libèrera parmi les choix qui s'offrent à lui⁸⁹⁸. Une imprécision en faveur du débiteur est volontairement conservée lors de la formation du contrat qui sera clarifiée « dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable »⁸⁹⁹. Dans la mesure où « le choix exercé [...] fait perdre à l'obligation son caractère alternatif »⁹⁰⁰, il faut conclure, avec Monsieur Ghozi, qu'il s'agit bien d'une modification – en l'occurrence unilatérale – et non d'une novation⁹⁰¹.

L'obligation alternative trouve davantage à s'exprimer dans des hypothèses particulières qu'en droit commun des contrats. On répertorie néanmoins certains exemples fameux dans cette matière, comme les contrats de location de cassettes vidéos qui permettent au bailleur de choisir les films donnés à bail dans un genre cinématographique déterminé⁹⁰². De même, des contrats d'abonnement à des bouquets satellites stipulent que l'abonné devra choisir un

⁸⁹⁶ V. *infra*, n° 252 et s.

⁸⁹⁷ La désignation du débiteur comme bénéficiaire naturel de cette prérogative est supplétive de volonté. V. Cass. Req. 17 juill. 1929, *D.* 1929.I.143 ; Rapp. BRICOUT.

⁸⁹⁸ V. I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 165 ; égal. pour des arrêts dans lesquels ressort la dimension potestative de l'obligation alternative : Cass. Com. 7 déc. 2004, n° 03-12.032 ; *D.* 2005. 2392, P. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2005. 782, J. MESTRE ; *RTD com.* 2005. 188, P. DELEBECQUE ; Cass. Civ. 1^{re} 16 mai 2006, *Bull. civ.* I, n° 239 ; *Dr. et pat.* 2006. 92, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2006.556, J. MESTRE et B. FAGES, *RLDC* 2006/août, p. 13, S. DOIREAU,

⁸⁹⁹ Art. 1307-1 C. civ.. À défaut, le créancier après mise en demeure bénéficie à son tour de la faculté de l'obligation alternative ou d'une faculté de résolution du contrat. V. toutefois, Cass. Civ. 3^e, 4 juil. 1968, *Bull. civ.* III, n° 325 (obligation alternative dans une promesse de vente au bénéfice du promettant qui se réservait la possibilité de choisir entre deux prix de montants différents, l'un indexé et l'autre pas) ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 juin 1966, *Bull. civ.* I, n° 329 ; *RTD civ.* 1967. 384, J. CHEVALLIER (à propos d'une rente viagère dont le mode de revalorisation était, à la discrétion du créancier, légale ou conforme à la clause d'échelle mobile stipulée). *Adde* F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1239, p. 1282.

⁹⁰⁰ Art. 1307-1 al. 3 C. civ.

⁹⁰¹ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, *op. cit.*, n° 308, p. 133 : l'ancien article 1193 du Code civil disposait que « si l'une des choses périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur, l'obligation alternative devient pure et simple ». Aussi, il faut conclure à la modification de la convention plutôt qu'à sa novation ». Sur la distinction entre modification et novation de l'obligation, V. A. GHOZI, thèse, *op. cit.*, n° 36 et s., p. 19 et s.

⁹⁰² Cass. Civ. 1^{re}, 23 mai 1995, n° 94-14.255 ; *RTD civ.* 1995. 620, J. MESTRE ; *RTD com.* 1996. 112, B. BOULOC ; *D.* 1996. 113, L. AYNES. Dans cette espèce, le preneur bénéficiait également d'une faculté d'imposer un échange gratuit des cassettes vidéo, qui s'analyse également en une prérogative contractuelle. La Cour censure sur ce motif la décision de la cour d'appel qui prononce la nullité du contrat pour indétermination de l'objet sur le fondement de l'ancien art. 1129 C. civ. Sur la détermination unilatérale de l'objet du contrat, V. *infra*, n° 252 et s.

nombre limité de chaînes de télévision parmi la quantité proposée⁹⁰³. L'une des principales manifestations de l'obligation alternative réside dans les contrats d'affaire internationaux et prend le nom d'option de change. Le bénéficiaire dispose de la faculté de décider du paiement dans la monnaie de son pays ou dans celle du pays de son cocontractant. Le choix conféré au *potentior* le protège des variations de taux de change entre différentes monnaies. Le débiteur bénéficie alors d'une option lui permettant de faire varier sa dette selon qu'il lui paraît plus avantageux de conserver le taux de change actuel ou de se fonder sur celui qui était en cours lors de la négociation de l'option (contre paiement d'une prime – l'option a un prix)⁹⁰⁴. Une jurisprudence de la Chambre des requêtes datant de 1929 consacre la qualification d'obligation alternative dans cette hypothèse particulière⁹⁰⁵. La Cour de cassation a ainsi reconnu que la faculté de payer soit 500 francs à Paris, soit 100 pesos-or à Buenos Aires devait être caractérisée comme telle⁹⁰⁶. L'obligation alternative a, par ailleurs, été observée dans des contrats de donation⁹⁰⁷, de transport⁹⁰⁸ ou en matière de dépôt-vente⁹⁰⁹. En revanche, la clause pénale ne peut pas lui être assimilée : le paiement de dommages-intérêts est par essence une sanction de l'inexécution, non une option placée sur un pied d'égalité avec l'exécution spontanée en nature de la prestation⁹¹⁰.

⁹⁰³ En ce sens, P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 703.

⁹⁰⁴ V. A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET, T. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET, D. ROBINE, *Droit financier*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2019, n° 1297 et s.

⁹⁰⁵ Cass. Req. 17 juill. 1929, *loc. cit.*

⁹⁰⁶ En l'espèce cependant, l'obligation alternative ayant pour objet une somme d'argent, la distinction entre modification de la prestation et modification du quantum de l'obligation disparaît. Dans le même sens, Cass. Civ. 3 juin 1930, *D.* 1930. 361. Comp. Rapport de M. le conseiller Bricout, *D.* 1929.I.143, spéc. p. 144 : « J'ajoute d'ailleurs, en faveur de la solution admise par la cour de Paris, qu'à mon avis l'art. 1190 c. civ. n'avait pas à être appliqué dans l'espèce. Une obligation alternative suppose en effet deux prestations différentes, un double objet, tandis que le paiement de 100 pesos ou de 500 fr. n'a qu'un objet unique, une seule prestation qui est exprimée de deux manières différentes pour la commodité du créancier. » Cette vision nous paraît contestable, au regard de l'intérêt financier qui existe à octroyer le choix de payer dans deux monnaies différentes. Il ne s'agit pas simplement d'exprimer de deux façons une même quantité puisque les taux de change ont vocation à varier. Toutefois, la distinction ne porte effectivement pas sur l'objet de la prestation mais sur sa quantité – le paiement d'une somme d'argent. Elle comporte néanmoins une dimension spécifiquement alternative puisqu'un nombre fini de choix prédéterminés sont soumis à la décision du *potentior*. Égal. M.-J. GEBLER, « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969. 1, spéc. p. 13. Comp. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, LGDJ, 1954, n° 1050 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, *Les obligations*, Vol. 1, Sirey, 1962, n° 764.

⁹⁰⁷ B. JADAUD, « La donation à terme », *JCP N* 2006. 1024 ; H. LECUYER « Observations sur les donations alternative et facultative », *Dr. fam.*, 1999, chr. n° 6.

⁹⁰⁸ Cass. Com. 7 déc. 2004, n° 03-12.032, *loc. cit.* (Le transporteur bénéficiait de la possibilité de décider d'un transport par air ou par route).

⁹⁰⁹ Cass. Civ. I^{ère} 16 mai 2006, *Bull. civ.* I, n° 239, *loc. cit.* (Le revendeur bénéficiait de la possibilité de décider d'une restitution en nature ou en valeur).

⁹¹⁰ V., M.-J. GEBLER, « Les obligations alternatives », op. cit. V. égal. A. BAYDOUN, *L'obligation alternative*, dir. C. LARROUMET, thèse Paris II, 2005, n° , p. 113 et s.

200. **L'obligation facultative.** Longtemps demeurée dans l'ombre de l'obligation alternative, l'obligation facultative n'en est pas moins une parfaite illustration de prérogatives contractuelles permettant de modifier la prestation attendue par le créancier⁹¹¹. Connue du droit romain⁹¹², oubliée du législateur de 1804 malgré un usage courant⁹¹³ mais consacrée par celui du nouveau Code civil, l'obligation facultative se distingue faiblement de son analogue, l'obligation alternative. Aux termes de l'article 1308 du Code civil, « l'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre ». En ce sens, l'option laissée au débiteur ne permet pas d'échanger ou de remplacer une prestation déjà fournie par une autre mais de *se libérer*. Cette formule implique l'antériorité de l'exercice de la prérogative à toute exécution de l'obligation, qui ne peut être postérieure⁹¹⁴. Le débiteur peut ainsi substituer une prestation à celle originellement exigée, et se trouve libéré si cette dernière devient impossible par force majeure. Pothier exprimait l'essence décisionnelle de l'option conférée au débiteur par la formule « si mieux n'aimoit »⁹¹⁵ devenue « si mieux n'aime »⁹¹⁶. Le débiteur, et lui seul, est donc titulaire de cette puissance permettant de décider de se libérer en exécutant une prestation différente de celle initialement stipulée. La jurisprudence s'est plusieurs fois exprimée sur cette question, rappelant que le créancier ne peut rien exiger d'autre que l'exécution de la prestation originellement prévue⁹¹⁷. Si la prestation subsidiaire est préalablement déterminée, il n'en demeure pas moins qu'elle est seulement *in facultate solutionis* au contraire de l'obligation alternative dont la pluralité d'objets est à la fois *in obligatione* et *in solutione*. Ainsi, le caractère facultatif d'une obligation se caractérise comme une prérogative contractuelle, en ce qu'elle confère à un débiteur le droit de décider de la prestation qui le libèrera. Ce choix relève, à l'image de l'obligation alternative, d'une

⁹¹¹ En ce sens, A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 308, p. 133, qui analyse l'obligation facultative comme une modification de l'objet de l'obligation. Comp. F. BICHERON, *La dation en paiement*, préf. M. GRIMALDI, Panthéon-Assas, 2006, n° 276 et s., p. 237 et s. qui propose une autre analyse fondée sur son assimilation à la dation en paiement. *Adde* P.-Y. GAUTIER, « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle : la renaissance des obligations facultatives », *RDC* 2004. 543.

⁹¹² F. BICHERON, *La dation en paiement*, *op. cit.*, n° 270, p. 232. *Adde* R. MONIER, *Manuel de droit romain*, t. II, Domat Montchrestien, 1954, n° 22, p. 30.

⁹¹³ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 704.

⁹¹⁴ Sur la date d'exercice de la faculté de substitution, V. M. GRIMALDI, R. GENTILHOMME, « La donation des titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné », *Defrénois*, 1999, n° 36932. V. aussi M.-J. GEBLER, « Les obligations alternatives », *op. cit.*, spéc. p. 6-7. Comp. A. GOBIN, « Propos sur la réversibilité juridique », *JCP N* 1995.I.1, spéc. n° 11.

⁹¹⁵ POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 242 à 244.

⁹¹⁶ P.-Y. GAUTIER, « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle : la renaissance des obligations facultatives », *op. cit.*, p. 545.

⁹¹⁷ CA Douai 21 mars 1891, *D.* 1892.II.549.

modification par laquelle le cœur de l'échange, le *bargain*, passe d'un contenu indéterminé au moment de la formation du contrat à un contenu déterminé lors de son exécution.

201. **Sources de l'obligation facultative.** L'obligation facultative peut avoir une source contractuelle, légale ou jurisprudentielle⁹¹⁸. Cette dernière est d'emblée à écarter de la catégorie des prérogatives contractuelles en ce qu'elle suppose une autorisation judiciaire⁹¹⁹. En revanche, les obligations facultatives d'origine légale et conventionnelle sont des prérogatives contractuelles. Le droit du gage offre de longue date un exemple de clause conférant au débiteur la faculté de substituer les biens objets du gage à d'autres biens pourvu qu'une fongibilité *a minima* subjective ait été stipulée⁹²⁰. La substitution est facultative, ce qui permet de la qualifier de prérogative de modification du bien objet de la prestation et illustre l'intérêt qu'elle présente pour un débiteur gagiste. Une autre manifestation de l'obligation facultative considérée comme une prérogative contractuelle réside dans les contrats de donation. Selon un auteur, la donation facultative « est une donation définitivement consentie mais où l'obligation du donateur est aménagée en une obligation facultative : le donateur s'y réserve la faculté de se libérer en remettant une chose autre que celle qui forme l'objet de la donation »⁹²¹. Il s'agit d'une application classique des dispositions relatives à l'obligation facultative au cas particulier des donations. Seul le principe de l'irrévocabilité spéciale des donations pose la question de l'admission d'un tel mécanisme⁹²². La reconnaissance de sa compatibilité avec le principe d'irrévocabilité spéciale est, comme l'explique Monsieur Michel Grimaldi, subordonnée à une stricte équivalence de valeur entre le bien promis et le bien donné. À défaut, le donateur tirerait un profit économique tandis que le donataire subirait

⁹¹⁸ J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, op. cit.*, n° 224, p. 242.

⁹¹⁹ *Ibid.* C'est par exemple le cas lorsque le juge permet la substitution d'une rente viagère à un bail à nourriture en raison du désaccord des parties. En ce sens, Cass. Civ. 1^{re}, 8 janv. 1980, *Bull. civ.* I, n° 15 ; *D.* 1983. 307, C. CARREAU ; *RTD civ.* 1980. 781, G. CORNU.

⁹²⁰ Cass. Req. 30 mars 1926, *D.* 1926.I.217 : « les choses qui ne sont pas fongibles par leur nature peuvent devenir telles par la convention des parties ». V. aussi Cass. Com. 26 mai 2010, *Bull. civ.* IV, n° 98 ; *RTD civ.* 2010. 595 et *D.* 2011. 406, notes P. CROCQ ; *RTD com.* 2010. 596, D. LEGEAIS ; p. 785, A. MARTIN-SERF ; *Dr. et pat.* 2010. 94, L. AYNES et P. DUPICHOT ; *RDC* 2010. 1341, A. AYNES ; *JCP E* 2011. 42, P. DELEBECQUE. Dans le même sens, Cass. Com. 11 sept. 2012, n° 11-22.240 ; *Dr. et pat.* 2013. 90, L. AYNES et P. DUPICHOT ; *RTD civ.* 2012. 755, P. CROCQ.

⁹²¹ M. GRIMALDI, « Techniques civilistes de transmission et d'anticipation successorales », *Dr. et pat.* 1998. 44, spéc. p. 48 ; Égal. H. LECUYER, « Observations sur les donations alternative et facultative », *op. cit.*

⁹²² Outre l'irrévocabilité générale propre à tout contrat auquel contrevient nécessairement une prérogative contractuelle, le droit des donations connaît un principe d'irrévocabilité spéciale prohibant toute clause permettant au donateur de revenir ou reprendre ce qu'il a promis de donner ou déjà donné. Sur le principe d'irrévocabilité spéciale, V. *supra*, n° 35. V. aussi *Droit patrimonial de la famille, op. cit.*, n° 314. 11 à 314.14.

une perte⁹²³. En outre, des auteurs ont considéré que le choix laissé à l'acquéreur dans le cadre de la rescision pour lésion devait être assimilé à une obligation facultative⁹²⁴. En pareil cas, l'acquéreur dispose d'une faculté de décider de l'issue qu'il entend donner au litige : rendre la chose en soustrayant le prix qu'il a payé, ou garder le fonds en payant le supplément du juste prix sous la déduction du dixième du prix total⁹²⁵. Ainsi, la prestation de l'obligation qui lui incombe une fois la rescision admise dépend de la décision du débiteur, seul titulaire de l'option⁹²⁶. On peut néanmoins s'interroger sur la qualification d'obligation facultative, dans la mesure où l'issue donnée au litige en cas d'impossibilité par force majeure de rendre l'immeuble semble incertaine⁹²⁷. À notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence relative à ce problème mais il serait heureux qu'une solution soit apportée. En pareil cas, la libération de l'acheteur confirmerait la caractérisation de la rescision en obligation facultative. Cette hypothèse semble cependant peu probable. Inversement, si l'acheteur restait tenu de payer le supplément du prix, une qualification hybride s'imposerait : obligation facultative parce que la décision ne peut pas relever de la puissance du créancier ; obligation alternative, conformément à l'article 1307-3 du Code civil, en ce que l'impossibilité de l'une des alternatives ne libère pas le débiteur qui reste tenu de l'autre⁹²⁸. On peut également hésiter quant à la qualification de la faculté de remplacement offerte par l'article 1222 du Code civil⁹²⁹. Pour la mettre en œuvre, le créancier de l'obligation inexécutée n'a plus besoin d'obtenir l'autorisation préalable du juge⁹³⁰. Il s'agit donc d'une décision portant modification : une prérogative contractuelle. La faculté porte sur la prestation qui, non exécutée, est

⁹²³ M. GRIMALDI, R. GENTILHOMME, « La donation des titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné », *op. cit.*, spéc. n° 13 ; V. aussi H. LECUYER, « Observations sur les donations alternative et facultative », *op. cit.*

⁹²⁴ Par ex., F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1240, p. 1226 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 16^e éd., 2018-2019, n° 325.

⁹²⁵ Art. 1681 C. civ.

⁹²⁶ Cass. Civ. 3^e, 6 juin 2007, *Bull. civ.* III, n° 102 ; *RDC* 2007. 1203, P. BRUN ; *Defrénois* 2008, n° 38701, DAGORNE-LABBE.

⁹²⁷ Cette impossibilité doit apparaître avant que le débiteur ait pu faire connaître son choix au créancier. En effet, dans le cas contraire, l'article 1307-2 C. civ. dispose que le débiteur de l'obligation alternative est également libéré.

⁹²⁸ En ce sens, la rédaction de l'article 1681 C. civ. semble davantage présenter une alternative, sans hiérarchie entre les deux propositions. V. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1239, p. 1282.

⁹²⁹ M. FAURE-ABBAD, « Article 1222 : la faculté de remplacement », *RDC* 2015. 784 ; C. GRIMALDI, « Proposition de modification de l'article 1222 du Code civil : l'exécution aux frais du débiteur », *RDC* 2017. 192 ; D. MAINGUY, « Du "coût manifestement déraisonnable" à la reconnaissance d'un droit d'option », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 60.

⁹³⁰ L'ancien art. 1144 C. civ. l'exigeait. L'actuel art. 1222 C. civ. dispose que le créancier ne peut détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation sans autorisation du juge, en revanche.

transformée en obligation monétaire⁹³¹. Le contrat, lui, survit et le débiteur reste tenu. La substitution porte ainsi sur l'obligation, non sur le cocontractant⁹³². L'obligation monétaire est due en lieu et place de la prestation originelle, ce qui empêche d'y voir des dommages-intérêts compensatoires⁹³³. Ces caractéristiques tendent à qualifier la faculté de remplacement d'obligation facultative. Pour autant, un écueil subsiste. C'est au créancier de l'obligation que revient cette puissance, non au débiteur⁹³⁴. En tant qu'obligation facultative de sanction, le titulaire de la prérogative d'option est le créancier.

Les exemples relatifs aux obligations alternatives et facultatives illustrent l'intérêt qu'une partie peut avoir à glisser une incertitude au cœur de son engagement lors de la formation du contrat, afin d'y introduire de la souplesse. En effet, ces obligations n'ont de sens que lorsqu'il existe une distorsion temporelle entre le jour de la formation du contrat et celui de son exécution. Il est intéressant de constater l'ancienneté de ces prérogatives : la recherche de flexibilité n'est pas nouvelle, y compris lorsque cette modification porte sur la substance même de l'engagement pris. D'autres hypothèses pourraient être envisagées. Ainsi, une clause pourrait être stipulée dans un contrat de prestation de service par laquelle le client peut ajuster en cours d'exécution du contrat la prestation qui lui est due. Par exemple, l'entreprise qui fournit ses services pour élaborer le site internet de la société cliente peut être le sujet passif d'une prérogative contractuelle par laquelle la cliente modifie ses demandes. Dans le même sens, des travaux modificatifs peuvent être décidés par le client et imposés à l'entrepreneur⁹³⁵.

L'analyse des effets de la prérogative contractuelle fait également ressortir le caractère essentiel de l'opération de quantification lorsque la prestation a pour objet une chose de genre. Celle-ci peut alors se faire par décision du seul créancier : il s'agit des prérogatives de modification du quantum de l'obligation.

⁹³¹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, *op. cit.*, « Art. 1222 », p. 556.

⁹³² Sur la substitution de contractant, V. *infra*, n° 219 et s.

⁹³³ Sur ce point, V. J.-S. BORGHETTI, « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoires des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC* 2016. 787.

⁹³⁴ En revanche, ce raisonnement ne peut pas être tenu pour la sanction du manquement à l'obligation légale de conformité prévue à l'art. L. 217-9 C. conso. Le bien peut être remplacé, mais l'objet de l'obligation est inchangé. L'acheteur peut également obtenir le remboursement mais, dans ce cas, le mécanisme est celui de la résolution.

⁹³⁵ L'augmentation du prix qui peut en découler ne change pas la qualification d'une telle clause en prérogative contractuelle. Sur l'onérosité de la décision, V. *supra*, n° 46.

b) La modification du quantum de l'obligation

202. Les prérogatives contractuelles de modification du quantum de l'obligation font par définition référence à celles qui ont pour objet des choses de genre et, en premier lieu, des sommes d'argent. Cependant, toute chose de genre est susceptible d'être sujette à une décision modifiant sa quantité. Les clauses des contrats d'approvisionnement dans la grande distribution sont, à cet égard, éloquentes. L'engagement de payer une certaine chose sans préciser sa quantité permet d'identifier la prestation attendue. Pour autant, la prestation n'est pas connue, parce que la seule désignation de son objet est une abstraction. Savoir qu'un prix devra être payé permet de connaître l'objet de la prestation ; mais celle-ci n'est pas suffisamment déterminée pour être née⁹³⁶. Elle ne pourra être spécifiée que par une entreprise d'indication de sa mesure, soit que la fixation ait lieu *ex nihilo*, soit qu'elle intervienne comme le changement d'une quantité préalablement établie⁹³⁷. Sans aucun doute, la fixation unilatérale du prix s'apparente à une prérogative contractuelle. La décision d'un contractant entraîne une modification dans la mesure où elle permet qu'un élément du contrat passe d'un état inconnu à un état connu : c'est le propre de l'incomplétude. La variation unilatérale du prix répond de la même qualification, et remplit la fonction habituelle d'adaptation propre aux prérogatives contractuelles. Cette variation permet de maintenir une contingence de la valeur entre la prestation caractéristique du contrat et son coût. Il faut donc distinguer les prérogatives conférant le droit de décider initialement de la quantification de l'objet de l'obligation (i), de celles qui permettent un changement de sa quantité au regard d'une somme ou d'une mesure préalablement fixée (ii).

i. Les prérogatives de fixation unilatérale du quantum de l'obligation

203. **Fixation unilatérale du prix.** Si la validité d'une prérogative de détermination unilatérale de la prestation doit être écartée, en ce qu'elle comporte une potestativité illimitée et par là même interdite⁹³⁸, l'hypothèse d'une prérogative de fixation de sa quantité doit être envisagée. Son admission ne relève toutefois pas de l'évidence. D'une part, la loi proscriit la fixation unilatérale du prix dans nombre de cas, or l'obligation monétaire est la première des

⁹³⁶ En ce sens, T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 31, spéc. n° 1, p. 32.

⁹³⁷ À ce titre, M. Pénin rejette l'idée que la précision d'un élément du contrat et, en particulier, du prix annihile la distinction entre formation et exécution du contrat. O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 490 et s., p. 215 et s., et n° 643 et s., p. 276.

⁹³⁸ V. *infra*, n° 252 et s.

obligations sur choses de genre. Le Conseiller Jéol ainsi que Monsieur Cyril Grimaldi ont listé les contrats concernés par cet interdit⁹³⁹ : la vente est visée⁹⁴⁰, de même que le bail d'habitation⁹⁴¹, le contrat de promotion immobilière⁹⁴², le contrat d'assurance⁹⁴³, le contrat conclu avec un agent immobilier⁹⁴⁴, ou encore le contrat conclu entre un professionnel du droit et son client⁹⁴⁵. La protection d'une partie commande ces interdictions spécifiques. D'autre part, l'articulation de l'article 1163 du Code civil avec les articles 1164 et 1165 suscite de vastes interrogations.

204. Validité restreinte. L'exigence de déterminabilité de la prestation posée par l'article 1163 du Code civil peut être « déduite du contrat [...] sans qu'un nouvel accord soit nécessaire ». Cette formulation a poussé des auteurs à se demander si une clause stipulant que sa quantification relevait de la décision d'une des parties entrerait dans ce cadre⁹⁴⁶. Par ailleurs, Monsieur Cyril Grimaldi remarque que le législateur a indiqué, dans son rapport au Président de la République, vouloir se conformer à la conception jurisprudentielle de l'ancien article 1129⁹⁴⁷. Cette conception exclut de son champ d'application le prix, comme n'étant pas une « prestation » au sens de l'article 1163⁹⁴⁸. Il faudrait en déduire que la prérogative de fixation unilatérale du prix n'entre pas dans le champ d'application de l'article 1163 du Code civil, et conclure, *a contrario*, qu'elle fait l'objet d'une validité de principe en droit commun. C'est toutefois peu probable au regard des deux dispositions qui lui succèdent⁹⁴⁹.

⁹³⁹ M. JEOL, Conclusion, *D.* 1996. 15 ; C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *op. cit.*, spéc. n° 9, p. 560.

⁹⁴⁰ Art. 1589 et 1591 C. civ. ; V. toutefois pour des débats relatifs à des ventes successives insérées dans un contrat-cadre, C. JAMIN, « Les apports au droit des contrats-cadre », *in* « La détermination du prix, nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière », *RTD com.* 1997. 19 ; T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », *op. cit.*, spéc. n° 9 ; J. GHESTIN, « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *JCP G.* 1996, II, 22565

⁹⁴¹ Art. 3, 6° de la loi du 6 juil. 1989, n° 89-462.

⁹⁴² Art. 1831-1 C. civ.

⁹⁴³ Art. L. 112-4 C. assur.

⁹⁴⁴ Art. 6, I de la loi du 2 janv. 1970 n° 70-9.

⁹⁴⁵ Art. L. 444-1, al. 3 C. com. ; *Adde* pour les avocats spéc. : Art. 10 de la loi du 31 déc. 1971, n° 71-1130.

⁹⁴⁶ V. C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *op. cit.* ; A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, n° 20, p. 1316.

⁹⁴⁷ V. Cass. Ass. Plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 93-13.688, *loc. cit.*

⁹⁴⁸ C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *op. cit.*, n° 6, p. 559.

⁹⁴⁹ Comp. J. MOURY, « Retour sur le prix : le champ d'application de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », *D.* 2017. 1209, spéc. n° 3 : l'auteur rappelle à raison que la question de l'application de cette disposition au prix est indépendante de celle de la validité de la clause de fixation unilatérale du prix, dans la mesure où d'autres modes de fixation peuvent exister ne rendant pas pour autant le prix déterminable au jour de la conclusion du contrat (par exemple dans l'hypothèse envisagée par l'article 1167 C. civ.). Toutefois, seul nous intéresse ici le mode de fixation du prix par l'exercice d'une prérogative contractuelle, c'est-à-dire la clause de fixation unilatérale.

Pourquoi s'empresse-t-on d'affirmer la validité de la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service aux articles 1164 et 1165 du Code civil si ce n'est pour faire exception à une interdiction générale ? À ce propos, il apparaît que la prérogative de fixation unilatérale du prix n'est permise qu'en certains endroits. D'ailleurs, le rapport au Président de la République indique prendre en considération le « danger qu'il y aurait à autoriser une fixation unilatérale du prix dans tous les contrats »⁹⁰. Le clair-obscur qui entoure le sens de ces dispositions n'est pas amoindri par la différence de rédaction entre les articles 1164 et 1165. Contrairement à l'article 1164, le législateur ajoute à l'article 1165 une condition à la fixation unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service en conférant au seul créancier ce pouvoir décisionnel. Cette fixation unilatérale peut survenir « à défaut d'accord entre les parties ». Dès lors, une condition de validité est ajoutée à la prérogative de fixation du prix pour les contrats cadre, dans lesquels une stipulation est nécessaire. L'explication de cette différence rédactionnelle ne réside pas dans une négligence du législateur mais, bien au contraire, dans une conception structurée de cette prérogative. Loin d'établir un modèle ultra-libéral, il s'agirait en réalité de n'autoriser cette décision que dans les hypothèses dans lesquelles une fixation unilatérale lors de l'exécution du contrat serait cohérent avec l'opération économique projetée⁹¹. À cet égard, la logique qui irrigue la validité de la prérogative de fixation du prix dans les contrats cadre diffère de celle des contrats de prestation de service mais, dans les deux cas, la détermination unilatérale du prix est permise parce que le prix n'est pas un élément caractéristique du contrat. Cette lecture va dans le sens d'une conception évolutive et, par conséquent, temporalisée du contrat.

L'étude de la prérogative de fixation du prix révèle que le prix tient un rôle plus ou moins important selon l'opération visée par les parties, ce pourquoi elle n'est que partiellement admise en droit commun. Se pose la question de savoir pourquoi, dans certains contrats, la fixation du prix ne survient pas dans la phase de formation du contrat mais dans celle de son exécution.

⁹⁰ V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, « Chapitre 2, Section 2, Sous-section 3: Le contenu du contrat ».

⁹¹ L'ordonnance du 10 févr. 2016 revient sur la jurisprudence qui avait admis par principe la fixation unilatérale du prix sauf disposition légale contraire en refusant d'appliquer l'anc. art. 1229 C. civ. à la détermination du prix. V. Cass., Ass. plén., 1^{re} déc. 1995, n° 93-13.688, *op. cit.* ; Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 2004, n° 03-13.847. Pour une proposition d'élargissement, V. C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006. 2629, qui propose un élargissement de la prérogative de fixation du prix à tous les contrats.

205. **Les contrats de prestation de service.** Pour établir la place du prix dans le contrat, on oppose généralement les contrats qui ont pour objet une chose à ceux qui ont pour objet un service⁹⁵². La première catégorie renvoie à la vente par excellence. Le prix est alors la chose des parties : seule leur volonté commune directe ou indirecte⁹⁵³ peut fixer le prix, qui doit être déterminé ou déterminable au jour de sa conclusion. En droit français, la valeur de la chose – entendue comme son évaluation objective – n'existe pas. Seul compte le prix, c'est-à-dire l'évaluation subjective commune faite par les parties. Dès lors, la puissance unilatérale est prohibée et le pouvoir du juge est réduit à néant. Le prix dans les contrats de prestation de service connaît un régime radicalement opposé. Malgré l'absence de définition de la catégorie en droit positif, les contrats de prestation de service sont classiquement conçus comme ceux dont la prestation attendue trouve sa valeur économique dans le travail effectué par le cocontractant en toute indépendance. L'article 1165 autorise la fixation unilatérale du prix sauf exceptions⁹⁵⁴, ce qui confère par corollaire au juge un pouvoir de sanction de l'abus. De cette façon, le juge acquiert le pouvoir d'apprécier la justesse du prix, donc de conférer une valeur à la prestation fournie en contrepartie. En outre, quand bien même le contrat serait à forfait, la jurisprudence séculaire octroie un pouvoir de révision des honoraires au juge⁹⁵⁵. La première justification réside dans le caractère futur du service, qui rend difficile la fixation de son prix *ab initio*. C'est donc souvent l'exécution de la prestation qui permet d'en fixer le coût. L'incomplétude laissée lors de la conclusion du contrat est nécessaire. Cette explication permet de comprendre l'utilité de la prérogative dans ces contrats. Elle est insuffisante, cependant, pour expliquer sa prohibition dans la vente : après tout, la validité de la vente d'une chose future exige que le prix soit déterminable lors de la conclusion du contrat. De même lorsque la sûreté octroyée au créancier porte sur une chose future ; mais le juge n'a pas le pouvoir d'en évaluer la valeur après coup. Dès lors, le caractère présent ou futur de la

⁹⁵² R. LIBCHABER, « Chronique de jurisprudence civile générale », *op. cit.*, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 21 fév. 2006, *loc. cit.*

⁹⁵³ La solution est bien connue. L'article 1592 C. civ. permet de désigner un tiers qui se veut être « la bouche des parties » et auquel le juge ne peut en aucun cas se substituer.

⁹⁵⁴ V. C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *loc. cit.*, n° 9 et s., p. 560 et s.

⁹⁵⁵ V. not. R. LIBCHABER, « Chronique de jurisprudence civile générale », *op. cit.*, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 21 fév. 2006, *loc. cit.* ; E. et G. VAN DIEVOET, « Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires. Histoire d'une jurisprudence », in *Mélanges J. Dabin*, t. 2, Bruylant 1963, p. 911. Par ex. Com. 6 juillet 2017, *loc. cit.* V. toutefois pour une exception jurisprudentielle Cass. Com. 6 juil. 2017, n° 16-19.354 ; D. 2017. 2410, J.-D. PELLIER. La portée de cet arrêt semble toutefois restreinte aux avocats et animée par une logique disciplinaire à l'égard de la profession. La réforme du droit des contrats n'a pas supprimé cette règle, qui n'a d'ailleurs jamais eu besoin d'un fondement textuel pour exister. La révision des honoraires peut intervenir lorsque le prix a été fixé par consensus avant l'exécution de la prestation et qu'il se révèle *a posteriori* manifestement excessif. Nul besoin donc d'une prérogative de fixation du prix pour que la règle s'applique. Comp. D. MAZEAUD, « Lésion », mis à jour par M. LATINA, in *Répert. dr. civ.*, Dalloz, Avr. 2018, n° 79.

prestation objet du contrat n'est pas un critère suffisant pour expliquer les différents régimes du prix. Le critère pertinent est l'opération patrimoniale effectuée. Dans la vente, les parties organisent une substitution dans leur patrimoine : elles commutent un bien par de la monnaie. La finalité du contrat est de remplacer une chose par une autre. Le prisme du système économique libéral suppose donc que les parties, et elles seules, soient en mesure de déterminer la juste équivalence de cet échange⁹⁵⁶. Le contrat de prestation de service n'a pas la même vocation. La substitution de valeurs dans le patrimoine n'est pas la finalité principale de ce type de contrats. Une partie met au service de l'autre son savoir-faire. D'ailleurs, la contrepartie n'est pas toujours nécessaire. Si l'article 1710 du Code civil postule une présomption d'onérosité dans les contrats d'entreprise (sans quoi il s'agirait de contrats d'assistance), le dépôt est « essentiellement gratuit » selon l'article 1910, de même que le mandat aux termes de l'article 1986 du même code. Seule la professionnalisation de ces opérations a abouti à renverser la logique en postulant leur onérosité⁹⁵⁷. Autrement dit, l'existence ou l'absence de contrepartie monétaire ne modifie pas la nature de l'opération⁹⁵⁸. Par conséquent, l'onérosité du contrat n'implique pas que l'évaluation monétaire de la prestation soit contemporaine de sa conclusion. Le contrat de prestation de service n'ayant pas

⁹⁵⁶ Des exceptions existent. En particulier la lésion dans la vente d'immeuble bat en brèche ce principe (art. 1674 et s. C. civ.). Son fondement repose sur des contingences historiques et politiques. V. F. CHENEDE, « Napoléon Bonaparte, Lésion et violence », *RDC* 2014. 527. Sous l'influence de Bonaparte alors Premier Consul, et défendue ardemment par Portalis face à son contempteur, Berlier, la rescision pour lésion est rétablie. Bonaparte la défend par ces mots : « Ne voit-on pas que la loi de rescision est une loi de mœurs qui a pour objet le territoire ? Peu importe comment un individu dispose de quelques diamants, de quelques tableaux ; mais la manière dont il dispose de sa propriété territoriale n'est pas indifférente à la société. C'est à elle qu'il appartient de donner des règles et des bornes au droit de disposer ; et c'est d'après ce principe que la loi assure une légitime aux enfants sur les biens des pères, aux pères sur les biens des enfants ; c'est parce que personne ne peut en user contre les mœurs, que la loi pèse d'un côté les affections, de l'autre les devoirs, et que par de sages prohibitions elle empêche l'homme de faire céder ses obligations à ses penchants » (V. F. CHENEDE, *art. préc.*). Le souvenir de la déroute des assignats participa peut-être au rétablissement de la rescision pour lésion. Une autre catégorie d'exceptions est tirée des ventes forcées via la préemption. Par exemple, l'article 1843-4 C. civ. permet, en dernier recours, que le prix des droits sociaux cédés par jugement du président du tribunal judiciaire ou du tribunal de commerce.

⁹⁵⁷ En ce sens V. P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 382 et s. V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 10 février 1981, *Bull. civ.* I, n° 50 : le mandat est présumé salarié en faveur des personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui. Cass. Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, *Bull. civ.* I, n° 100 : le mandataire non professionnel chargé de négocier une vente n'a pas de rémunération.

⁹⁵⁸ La discussion est permise concernant le contrat de bail de droit commun. Le bail étant destiné à permettre la jouissance des utilités de la chose, la jurisprudence a eu tendance à rapprocher le régime du prix de celui de la vente. Elle exige ainsi que le prix soit déterminé à la conclusion du contrat. Si l'article 1716 du Code civil paraît plus souple par sa rédaction, la Cour de cassation refuse au juge le pouvoir de fixer le prix dans le bail verbal avec commencement d'exécution (Cass. Civ. 3^e, 27 avr. 1976, *Bull. civ.* III, n° 176 ; Cass. Civ. 3^e, 15 mars 2000, *Bull. civ.* III, n° 54 ; *Contrats conc. consom.* 2000 n° 90, L. LEVENEUR ; *RDI* 2000. 253, F. COLLART-DUTILLEUL). Bien qu'il n'y ait pas d'échange patrimonial direct dans ce contrat, on peut expliquer le rapprochement avec la vente par le fait que le bail compense l'absence de vente. Le preneur n'a pas recours au savoir-faire, à la compétence ou au travail du bailleur comme dans les contrats de prestation de service, mais à sa propriété c'est-à-dire un élément de son patrimoine contre lequel il paie un prix.

pour but de substituer un élément patrimonial à un autre, le consensus quant au prix lors de la conclusion du contrat n'est pas requis.

La distinction entre les contrats qui ont pour objet une chose et ceux qui ont pour objet un service ainsi saisie, il faut s'interroger sur la place occupée par les contrats cadre par rapport à ces deux catégories.

206. Les contrats cadre. Les contrats cadre, définis à l'article 1111 du Code civil, ont vocation à organiser des relations contractuelles futures⁹⁹⁹. Les contrats d'application peuvent constituer des ventes, par exemple en matière de contrats cadre d'approvisionnement. Cependant, le contrat cadre n'organise pas en lui-même un transfert de propriété. Il ne se confond pas avec la vente mais s'y associe pour former une situation contractuelle unique⁹⁹⁰. Parce qu'ils ont vocation à organiser les rapports contractuels futurs des parties, ces contrats doivent pouvoir bénéficier de souplesse, notamment par le biais d'une incomplétude en matière de fixation du prix. À défaut, un décalage temporel fausserait en profondeur l'équilibre des intérêts en jeu. La validité de la prérogative de fixation du prix s'infère de ce constat. Prohiber les prérogatives de fixation du prix lorsque les contrats d'application réalisent des cessions aurait ôté aux contrats cadre leur raison d'être. À cet égard, les arrêts de 1995 ont permis le sauvetage de cette catégorie de conventions⁹⁹¹. Cet infléchissement ne trouve pas d'explication théorique comme c'est le cas en matière de contrats de prestation de service. Il s'appuie sur des considérations pratiques. Ce faisant, l'article 1164 du Code civil exige qu'une clause soit stipulée conférant à l'une ou l'autre des parties ce pouvoir. La prérogative n'existe pas à défaut de stipulation, ce qui constitue une différence de régime par rapport à l'article 1165. Pour que le prix soit fixé de façon unilatérale, ultérieurement à la conclusion du contrat, il faut que les parties aient envisagé ce besoin. Cependant, la validité de cette prérogative dans les contrats cadre s'infère d'un constat analogue aux contrats de prestation de service : le prix ne constitue pas un élément caractéristique.

207. Élargissement de la prérogative de fixation unilatérale aux autres choses de genre. La faculté de détermination unilatérale par quantification doit pouvoir

⁹⁹⁹ Ce que rappelle d'ailleurs le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131, *op. cit.*, « Chapitre 2, Section 2, Sous-section 3: Le contenu du contrat » : « le champ de [l'article 1164 C. civ.] a été limité aux contrats cadre (contrats de longue durée qui fixent un cadre général aux relations entre les parties), dans lesquels ce mécanisme [de fixation unilatérale du prix] est particulièrement important ».

⁹⁹⁰ Sur la notion de situation contractuelle, V. *supra*, n° 57.

⁹⁹¹ Cass., Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578 et n° 91-15.999, *op. cit.*

être appliquée aux autres choses de genre, et notamment à celles qui ne font pas office de paiement. Si cette possibilité ne semble pas trouver de manifestations en matière de prestation de service, il en va tout autrement dans les contrats cadre. En effet, bien que l'article 1164 vise expressément le prix, il serait difficilement justifiable de rejeter cette faculté dans le cas de ces contrats, par exemple en matière de produits de distribution⁹⁶². Une clause stipulant que la quantité de blé, pour la première livraison, est laissée à la seule décision du distributeur dans l'exercice de son contrat d'application avec le fournisseur est, par exemple, compatible avec l'opération envisagée par les parties. À ce titre, elle devrait être admise⁹⁶³. Dans l'hypothèse d'une clause donnant au créancier le pouvoir de fixer la quantité de choses de genre, la prestation n'est pas suffisamment déterminée pour être exécutée mais elle n'en est pas moins déterminable et, en ce sens, supportable. En outre, à l'image des clauses de variation unilatérale du prix, une fourchette peut être fixée de sorte que les risques de commandes abusivement basses ou hautes sont éliminés. Ainsi, l'ambivalence rédactionnelle de l'article 1163 du Code civil pourrait *in fine* profiter au juge qui adapterait son application aux choses de genre selon que la détermination de leur quantité est nécessaire lors de la formation du contrat ou ne prend sens qu'au moment de son exécution.

ii. Les prérogatives de variation du quantum de l'obligation

208. **Clause de variation du quantum de l'obligation.** Une fois le prix fixé, il est encore possible qu'une clause autorise un contractant à le modifier, le plus souvent à des moments prédéterminés (« tous les ans »), et de façon limitée (« plus ou moins 3% »)⁹⁶⁴. On parle également de « clause de prix catalogue »⁹⁶⁵ pour désigner les stipulations qui permettent

⁹⁶² L'article L. 441-3 C. com., spécifique aux contrats cadre de distribution, n'interdit ni la clause de fixation unilatérale du prix, ni celle de fixation ou de variation unilatérale des commandes, conformément aux pratiques usuelles.

⁹⁶³ Sur ce point, V.T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », *op. cit.*, n° 3, p. 33. L'auteur invoque toutefois, à l'encontre d'une telle possibilité, le rôle trop important qui serait conféré au juge, celui-ci ne se limitant plus à la recherche de l'intention des parties mais à un rôle de correctif. Il semble, cependant, que dans le cas d'une fixation abusive de la quantité, la recherche de la déloyauté revient à s'interroger sur l'intention commune des parties au jour de la conclusion du contrat, laquelle inclut les motifs pour lesquelles la clause aura été introduite. En ce sens, l'identification d'une mauvaise foi dans l'exercice de la clause ne paraît pas totalement antagoniste avec le rôle du juge en matière contractuelle.

⁹⁶⁴ Par ex., Cass. Com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026, *Camargo* ; *JCP G* 2014. 2319, A.-S. CHONE-GRIMALDI ; *D.* 2015. 183, J. GHESTIN ; *RDC* 2015. 233, P. STOFFEL-MUNCK ; p. 293, M. BEHAR-TOUCHAIS ; *AJCA* 2015. 78, S. BROS.

⁹⁶⁵ Sur les diverses acceptions de la clause de prix catalogue, V. not. P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, spéc. n° 209. Est visée ici la clause de prix catalogue du vendeur, non de celle d'un tiers fournisseur qui ne serait pas partie au contrat d'un point de vue juridique (mais qu'on pourrait

aux fournisseurs d'imposer unilatéralement les prix au « tarif en vigueur »⁹⁶⁶, « au tarif fournisseur en vigueur au jour de l'enregistrement de la commande »⁹⁶⁷ ou selon « le prix du marché »⁹⁶⁸. Nombre de jurisprudences attestent de cette pratique propre aux contrats à exécution successive. Elle présente l'avantage d'endiguer les risques de subir les évolutions futures d'un marché fluctuant dans des contrats supposés immuables⁹⁶⁹. En ce sens, un auteur explique que « la clause de révision unilatérale du prix est destinée à maintenir l'utilité de celui-ci et donc à assurer sa stabilité, alors qu'un accord sur la révision pourrait être difficile à obtenir dans la mesure où les modifications de circonstances profitent, en général, à l'une des parties au détriment des autres »⁹⁷⁰. S'il est courant de trouver ce type de clauses dans les contrats cadre⁹⁷¹, la révision unilatérale du prix apparaît également dans des contrats de prestation de service, et dans des contrats innommés tels que des contrats de coffre-fort⁹⁷². L'option de change parfois stipulée dans des contrats d'affaire internationaux peut être assimilée à cette catégorie de prérogatives. La modification permise se caractérise comme une variation alternative de la quantification du prix. Ce genre de stipulations entérine la fonction de la prérogative contractuelle, en ce qu'elles organisent le maintien de l'utilité du contrat par son adaptation en fonction de l'évolution des circonstances. Comme en matière de fixation unilatérale, l'élargissement de la prérogative de variation unilatérale aux autres choses de

voir comme une partie d'un point de vue économique), V. sur ce point, Cass. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, n° 95-16.720 ; *RTD civ.* 1998. 898, J. MESTRE ; *RTD com.* 1998. 660, B. BOULOC.

⁹⁶⁶ Par ex. dans un contrat de franchise, Cass. Com. 21 janv. 1997, n° 94-22.034 ; *D.* 1997. 414, C. JAMIN.

⁹⁶⁷ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 379, p. 216. V. par ex., Cass. Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 91-21.009, *D.* 1995. 122, L. AYNES ; *JCP E* 1995.II.662, L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1995 art. 36024, P. DELEBECQUE. Dans un contrat de location-gérance, V. Cass. Com. 19 nov. 1996, n° 92.12-450, *RJDA* 3/97, n°306, p. 201. Pour une référence au tarif de la société Esso dans un contrat d'approvisionnement exclusif, Cass. Com. 1^{re} juil. 1997, n° 94-20.204.

⁹⁶⁸ Par ex. Cass. Com. 23 fév. 1999, n° 96-22.784 ; *Contrats, Conc. Consom.*, mai 1999, p. 9, L. LEVENEUR.

⁹⁶⁹ En ce sens, L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *op. cit.*, p. 25.

⁹⁷⁰ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 379, p. 216.

⁹⁷¹ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat, Essai de typologie, op. cit.*, n° 378, p. 215. V. aussi J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause – Les nullités, op. cit.*, n° 155, p. 131 ; Égal. J. GHESTIN, « De la fixation unilatérale du prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », *op. cit.*, spéc. p. 186.

⁹⁷² Par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 190, *RTD civ.* 2004. 749, P.-Y. GAUTIER ; *Contrats conc. consom.* 2004, n° 151, L. LEVENEUR ; *D.* 2005. 1828, D. MAZEAUD ; *RDC* 2005. 275, P. STOFFEL-MUNCK. Cet arrêt appréhende ce contrat comme une « location de chambres fortes » contre paiement d'un « loyer », ce qui tendrait à considérer que le contrat est un bail de droit commun. Pourtant, ces contrats ne peuvent être qualifiés de baux selon une jurisprudence postérieure (Cass. Com. 11 oct. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 206). Il s'agirait ainsi d'un contrat *sui generis*. V. J.-F. RIFFARD, « Contrat de coffre-fort », *J.-Cl. Banque*, 30 oct. 2015, n° 920.

genre fait sens. Les clauses de variation des volumes de commandes dans les contrats d'approvisionnement en constituent un exemple topique⁹⁷³.

La validité de ces prérogatives ne pose pas les mêmes difficultés que pour la fixation *ab initio* du quantum de l'obligation, dans la mesure où la phase de formation de la situation contractuelle est achevée. En effet, la variation se faisant nécessairement par rapport à une quantité préalablement fixée, sa mise en œuvre prend place au stade de l'exécution du contrat. De la sorte, les règles impératives particulières à la création du contrat n'ont plus vocation à s'appliquer, en particulier l'article 1163 du Code civil⁹⁷⁴.

On peut regretter que la validité de la prérogative de modification du prix ne soit pas consacrée dans tous les contrats à exécution successive. Cette conception s'inscrit dans la continuité du constat selon lequel il n'est parfois pas possible aux parties de fixer leur juste prix lorsque la prestation qui en constitue la contrepartie est future. La chose était pourtant envisagée dans le projet d'ordonnance de la Chancellerie⁹⁷⁵. Il ne s'agirait pas, alors, d'autoriser la fixation initiale du prix dans tous les contrats de longue durée mais de reconnaître la validité de la clause de modification du prix dans le droit commun des contrats. Devant le silence de la loi, l'hésitation est permise. Si la prérogative de modification du prix est distinguée de celle de fixation du prix, le principe de liberté contractuelle inscrit à l'article 1102 du Code civil permet d'en déduire sa validité. En revanche, si les deux prérogatives sont confondues par la proximité de la modification engendrée, la prérogative de modification du prix sera frappée d'une interdiction qui mènera à la réputer non écrite toutes les fois qu'elle n'est pas stipulée dans un contrat cadre ou un contrat de prestation de service⁹⁷⁶. La différence majeure avec la prérogative de fixation du prix réside dans l'existence d'une base quantitative dont les fluctuations peuvent être circonscrites par les parties. De la sorte, le *potentior* voit sa puissance strictement limitée. L'utilité de cette prérogative dans les contrats à exécution successive croît à mesure que leur durée est longue. La prérogative permet une adaptation du prix au fur et à mesure de son exécution, sous réserve qu'une clause y autorise le *potentior*. C'est précisément la fonction des prérogatives contractuelles que de rendre possible de tels

⁹⁷³ Par. ex., Cass. Com. 7 oct. 2014, *Bull. civ.* IV, n° 143, *loc. cit.* Il s'agissait en l'espèce d'un contrat d'approvisionnement d'œufs pour la grande distribution.

⁹⁷⁴ V. *infra*, n° 252 et s.

⁹⁷⁵ V. *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Chancellerie, févr. 2015. Pour une critique de cet abandon, V. M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016. 494, spéc. n° 19.

⁹⁷⁶ Sur la sanction des prérogatives prohibées, V. *infra*, n° 265 et s.

ajustements. Le bail de droit commun, par exemple, semble propice à la nécessité de cette prérogative, d'autant qu'on voit mal sur quel indice les parties pourraient se fonder pour que la mise à jour du prix se fasse de manière automatique⁹⁷⁷. En ce sens, la modification unilatérale du prix doit être distinguée de sa fixation unilatérale et connaître un champ d'application plus large.

209. Réduction du prix en cas d'inexécution partielle de l'obligation-contrepartie. Le nouvel article 1223 du Code civil accorde une place de choix à la réduction du prix. Si la rédaction issue de l'ordonnance de 2016 affirmait sans ambages la puissance décisionnelle du créancier, le dernier libellé obscurcit le sens de cette disposition en ajoutant l'exigence d'une acceptation par écrit du débiteur. Malgré ces errances rédactionnelles⁹⁷⁸, il semble que la disposition confère une véritable prérogative contractuelle de sanction au créancier de la prestation en cas d'inexécution partielle et lorsque le prix n'a pas encore été intégralement payé. En effet, il n'est pas nécessaire de préciser que les parties peuvent librement modifier les termes du contrat par consensus, si bien que l'acceptation à laquelle fait référence l'article 1223 doit s'interpréter, non pas comme un consentement, mais comme un acte abdicatif impliquant la renonciation à une action en contestation⁹⁷⁹. Par ailleurs, le régime diffère selon que le prix a été payé ou non. La rédaction initiale suggérait que la réduction unilatérale du prix était accordée au créancier du prix *solvens* ; il n'est plus possible de défendre cette lecture depuis la loi de ratification du 20 avril 2018⁹⁸⁰. Dans cette hypothèse, le juge est seul maître de la décision. L'explication de la suppression de cette prérogative trouve peut-être son explication dans l'analogie avec la révision des honoraires du prestataire de service dans le marché à forfait. Si le débiteur du prix a effectué le paiement, il faudrait en

⁹⁷⁷ La règle diffère dans les baux spéciaux. V. par exemple, en matière de baux d'habitation, art. 17-1 de la loi du 6 juil. 1989, n° 89-462 : les parties ont le plus souvent recours à des clauses d'indexation. Cependant, l'art. 17-1 n'impose pas de mode de révision du loyer ; il limite simplement la variation qui peut en résulter. Dès lors, une clause de révision unilatérale devrait être admise. Pourtant, la jurisprudence a prohibé les clauses d'indexation asymétrique (V. Cass. Civ. 3, 14 janv. 2016, *Bull. civ.* III, n° 7 ; *Defrénois* 2016. 288, L. RUET). Par conséquent, on peut postuler l'extension de cette interdiction à la prérogative de fixation unilatérale du prix qui, conférant à une seule des parties la puissance de le réviser, entraînerait en pratique une asymétrie.

⁹⁷⁸ Sur ce point, not. P.-Y. GAUTIER, « La réduction proportionnelle du prix. Exercice critique de vocabulaire et de cohérence », *JCP G* 2016. 947.

⁹⁷⁹ En ce sens, O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, « art. 1223 ».

⁹⁸⁰ V. O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, « art. 1223 ». La première rédaction de l'article 1223 permettait au créancier de « réduire » le prix ; la rédaction issue de l'ordonnance de 2016 lui conférait la possibilité de « solliciter » la réduction du prix. Désormais, la disposition définitive permise par la loi de ratification (Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018) ne confère au créancier que la simple faculté de « demander au juge la réduction du prix » à défaut d'accord entre les parties.

déduire qu'il a reconnu l'adéquation du prix à la prestation reçue. Cependant, la révision des honoraires a ceci d'exceptionnel qu'elle intervient alors que la prestation a été exécutée correctement. Elle ne s'inscrit pas dans le cadre des sanctions de l'inexécution, contrairement à la prérogative conférée par l'article 1223. On peut dès lors regretter la dualité de régime associée à la réduction du prix : reconnaître au créancier de l'obligation partiellement exécutée le droit de réduire le montant du prix alors qu'il a déjà effectué le paiement ne présenterait pas davantage de dangers qu'en cas de paiement non effectué. Comme pour n'importe quelle prérogative contractuelle, la décision s'imposerait et le débiteur serait contraint de rendre le surplus payé à moins qu'il considère que la mise en œuvre de la prérogative n'est pas conforme aux conditions qui limitent son exercice. La sollicitation du juge aurait lieu de la même manière et pour la même raison que si le paiement n'avait pas été effectué, et il reviendrait à ce tiers impartial d'apprécier la loyauté de son exercice. S'il estime la mise en œuvre loyale, le débiteur de la prestation (créancier du prix) se verrait contraint par une décision de justice de se conformer à la sanction privée établie par son cocontractant. Sinon, le juge serait en droit de déclarer l'exécution de la prestation acquise, ou de redéfinir le montant de la réduction du prix. En d'autres termes, il semble que les excès rendus possibles par ce texte se concentrent sur la seule exécution de ce droit mais non sur son existence. Cela devrait conférer une validité générale à la prérogative de réduction du prix pour inexécution partielle, peu important qu'un paiement ait ou non déjà eu lieu. Mieux, la réduction unilatérale du prix déjà payé garantit au sujet passif une protection plus forte, au risque peut-être de faire perdre à la prérogative la fonction d'adaptation extra-judiciaire qu'on lui connaît. En effet, le sujet passif est le créancier du paiement du prix. Si le *potentior* réduit le montant du prix qui a déjà été payé, le sujet passif peut refuser de rendre le surplus⁹⁸¹. En attente de la décision de justice, le sujet passif de la prérogative serait donc détenteur du prix payé.

Au titre des conditions d'existence de la réduction unilatérale du prix, l'exigence d'une exécution « imparfaite » paraît, en revanche, aussi nécessaire que problématique⁹⁸². L'exécution imparfaite se distingue de l'exécution suffisamment grave. Ne pas reprendre le critère exigé en matière de résolution par notification était opportun. C'est que l'adaptation du prix à la prestation effectuée présente l'avantage de la nuance. Elle n'a pas la radicalité de la

⁹⁸¹ V. F. CHENEDE, « La réduction du prix », *RDC* 2017. 571, spéc. p. 574.

⁹⁸² Sur les dangers de la réduction unilatérale du prix, V. F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2016, spéc. n° 28. 133. Outre la condition d'exécution imparfaite, la réduction du prix semble plus anodine qu'un anéantissement du contrat aux « risques et périls » du créancier.

résolution. La condition d'imperfection de l'exécution est toutefois empreinte d'une grande subjectivité. Sauf à imaginer un contrat parfaitement rédigé, il faut admettre que, dans bien des cas, la qualité de la prestation attendue n'est pas clairement fixée par le contrat. Il existe donc une forte probabilité que de nombreuses contestations en justice apparaissent. Ces litiges reposeront sur l'appréciation de la prestation attendue et sur la légitimité des attentes de chacun des contractants. La prérogative de réduction unilatérale du prix, censée participer à la déjudiciarisation des sanctions de l'inexécution, perd ainsi de son efficacité. D'autres questions se posent. L'exécution tardive est-elle une exécution imparfaite ? L'inexécution fortuite peut-elle donner lieu à la réduction du prix ? À ces interrogations, Monsieur Chénéde apporte des réponses⁹⁸³. Eu égard aux solutions prises en application de l'article 50 de la Convention de Vienne⁹⁸⁴ ainsi qu'au procédé de calcul de la réduction proportionnelle du prix, ce serait opérer une confusion entre réduction du prix et dommages-intérêts que d'exercer la prérogative de l'article 1223 en cas de retard dans l'exécution. Le préjudice de la *mora debitoris* est distinct de celui d'une exécution imparfaite, et rien n'empêche le cumul des deux sanctions si un préjudice distinct est prouvé⁹⁸⁵. La terminologie de la disposition va au soutien de cette solution, qui n'utilise pas la notion d'inexécution mais d'imperfection de l'exécution. Pour ce qui est de l'exécution imparfaite non imputable au débiteur, ce serait priver la réduction du prix d'une grande partie de son utilité que la refuser au créancier dans pareil cas⁹⁸⁶. En outre, la réduction du prix peut aboutir à sa suppression si l'imperfection prive la prestation de toute valeur⁹⁸⁷. Pourquoi forcer le créancier à réclamer une résolution si les conséquences de l'imperfection peuvent être restreintes aux seules prestations concernées ? La réduction du prix ouvre ainsi de nouvelles possibilités pour remédier à des difficultés liées à l'exécution de la prestation sans remettre en cause la pérennité du lien contractuel. Par ailleurs, la seule hypothèse d'une réduction du prix est fâcheuse. Il est difficile de justifier qu'un créancier dont la prestation réciproque n'est pas monétaire ne puisse en bénéficier, dès

⁹⁸³ F. CHENEDE, « La réduction du prix », *op. cit.*, n° 6-7, p. 572.

⁹⁸⁴ Art. 50 CNUCVM : « En cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, que le prix ait été ou non déjà payé, l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eue à ce moment. Cependant, si le vendeur répare tout manquement à ses obligations conformément à l'article 37 ou à l'article 48 ou si l'acheteur refuse d'accepter l'exécution par le vendeur conformément à ces articles, l'acheteur ne peut réduire le prix ».

⁹⁸⁵ F. CHENEDE, « La réduction du prix », *op. cit.*, n° 14.

⁹⁸⁶ En ce sens égal. V. V. O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, *op. cit.*, « art. 1223 » ; F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats...*, *op. cit.*, n° 28.134.

⁹⁸⁷ En ce sens, F. CHENEDE, « La réduction du prix », *op. cit.*, n° 13.

lors que l'obligation est divisible⁹⁸⁸. Là encore, on peut s'étonner que la variation du quantum de l'obligation-contrepartie soit circonscrite au seul prix. Malgré ces difficultés rédactionnelles, la réduction du prix loyalement effectuée se conforme au dessein de la prérogative contractuelle. La prestation imparfaitement exécutée représente une évolution de circonstance qui justifie la flexibilité de son prix.

210. Prérogative de remboursement anticipé du crédit. L'emprunteur peut être autorisé dans certaines hypothèses à rembourser son crédit de manière anticipée⁹⁸⁹. Cependant, la prérogative ne se confond ni avec la clause de résiliation anticipée du contrat à durée déterminée, ni avec une renonciation au terme contractuel. En matière de prêt à intérêt, le terme est au bénéfice des deux parties⁹⁹⁰. En outre, il ne s'agit pas seulement de mettre fin à la situation contractuelle. D'une part, le remboursement anticipé peut n'être que partiel et d'autre part, l'emprunteur cherche à modifier le contrat pour en diminuer le prix qui lui en coûte. À cet égard, si la prérogative peut être conventionnelle, elle a généralement pour source une disposition légale. Les facultés de remboursement anticipé du prêt issues du code de la consommation montrent la faveur du législateur à l'endroit de cette modification, qui limite drastiquement les indemnités qui pourraient être exigées par le prêteur⁹⁹¹. Il s'agit ainsi de permettre à l'emprunteur d'adapter le quantum de son obligation en cas de changement avantageux de ses capacités financière.

c) L'activation d'une obligation éventuelle

211. La naissance d'une obligation au sein d'une situation contractuelle préexistante peut être laissée à la puissance d'une seule partie. Dans la mesure où la naissance de l'obligation nouvelle résulte d'une décision, il s'agit littéralement d'une « obligation potestative ». Néanmoins, l'article 1304-2 du Code civil ne trouve pas à s'appliquer puisque c'est le créancier, *potentior*, qui bénéficie de cette prérogative. On peut s'interroger sur la qualification de son effet. Il ne s'agit-il pas à proprement parler de la naissance d'une obligation nouvelle mais de l'activation d'une obligation en sommeil. En effet, nul ne peut

⁹⁸⁸ Dans le même sens, V. O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, *op. cit.*, « art. 1223 ».

⁹⁸⁹ Art. L. 313-47 C. conso.

⁹⁹⁰ G. CATTALANO-CLOAREC, *Le contrat de prêt...*, *op. cit.*, n° 579 et s., p. 371 et s..

⁹⁹¹ *Ibid.* Par ex., art. L. 311-21 et L. 311-22 C. conso.

rendre autrui débiteur contre sa volonté ce que l'article 1203 du Code civil formule de la manière suivante : « on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même ». À ce propos, Madame Rochfeld a formulé la notion de « potestativité de second degré » pour décrire la faculté de déclencher un droit de créance plutôt que de le créer⁹⁹². Ainsi, ces prérogatives ont pour effet d'activer une obligation éventuelle. Le sujet passif est donc un débiteur potentiel. Cette qualité est ensuite concrétisée par la décision du titulaire de la prérogative qui transforme l'obligation latente en obligation certaine. Il s'agit d'une décision relative à l'existence de l'obligation, et non à son exécution⁹⁹³.

212. Clause de rachat. La clause de rachat en droit des sociétés constitue un exemple en la matière⁹⁹⁴. Un actionnaire, ou un groupe d'actionnaires, dispose de la faculté d'exiger le rachat de ses titres par un autre⁹⁹⁵. Souvent rattachée à une clause de rupture⁹⁹⁶, la prérogative de rachat renvoie à la possibilité d'imposer à autrui la naissance d'une obligation d'achat de titres sociaux. Bien qu'un effet extinctif soit fréquemment stipulé⁹⁹⁷, il n'est que secondaire, c'est-à-dire consécuteur à l'obligation de rachat. Il s'agit bien d'imposer unilatéralement la naissance d'une obligation dont l'objet est le paiement d'un prix résultant d'un transfert de propriété⁹⁹⁸. Le rapprochement avec les promesses d'achat est patent. La clause de rachat diffère seulement en ce qu'il ne s'agit pas de consolider un lien contractuel (comme en matière de promesse) mais de faire naître une obligation au sein d'une situation contractuelle qui existe déjà de façon définitive. La clause de rachat se distingue, en outre, de la vente à réméré : il ne s'agit pas de remettre en cause une vente intervenue entre les mêmes parties. Elle n'a pas vocation à imposer au vendeur originel un rachat du bien vendu mais à imposer à des actionnaires l'achat de titres sociaux. Leur éventuelle qualité de propriétaire antérieur est indifférente. Cette distinction explique que la vente à réméré soit classée parmi les prérogatives de dissolution du lien contractuel, ce qui n'est pas le cas pour la clause de rachat.

⁹⁹² J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 12, p. 759.

⁹⁹³ *Contra*. I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, n° 510, p. 463.

⁹⁹⁴ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1410, p. 560.

⁹⁹⁵ Par ex., CA Paris, 10 déc. 1998, n° 1997/01718, *D. Affaires* 1999. 299, note V. A-R.

⁹⁹⁶ *Ibid.* Égal. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 1410, p. 560

⁹⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁹⁸ En revanche, la procédure de retrait forcé des associés minoritaires à la demande des associés majoritaires, ou inversement, dans les sociétés cotées (*squeeze out* en droit anglo-saxon) ne peut être qualifiée de prérogative contractuelle puisqu'il s'agit d'une requête, et non d'une décision, faite auprès de l'Autorité des marchés financiers. V. Art. L. 433-4 C. mon. fin. ; AMF, Règl. Gén., Art. 236- 1 à 236-4 et 237-1 et s. ; CA Paris, 7 avr. 1998, *Sté Cauval industries c/ sté Parfidal* ; *RTD com.* 1998. 634, N. RONTCHEVSKY ; Cass. Com. 6 mai 1996, *Bull. civ.* IV, n° 123 ; *Rev. Sociétés* 1996. 802, P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 1996 n° 139, H. HOVASSE.

Tandis que la vente à réméré est réputée être conclue sous condition potestative résolutoire⁹⁹⁹, l'obligation contenue dans la clause de rachat est conclue sous condition potestative suspensive, à charge pour les actionnaires majoritaires de se voir imposer ledit rachat. D'autres hypothèses de naissance par décision unilatérale d'une nouvelle obligation au sein d'un même lien contractuel peuvent être envisagées. La faculté conférée au bailleur de mettre à la charge du preneur une obligation de remise en état du bien loué lorsque ce dernier a réalisé des travaux de construction ou d'amélioration en constitue un exemple. Il importe peu, alors, que le bailleur ait donné son accord¹⁰⁰⁰. Cependant, cette catégorie de prérogatives est d'une occurrence rare. Conformément à l'exigence impérative de consensus lors de la formation du contrat, la décision ne peut intervenir que lorsque la modification du contenu obligationnel n'entame pas cette étape du processus mais s'intègre au stade de son exécution, ce qui est exceptionnel.

213. Activation des créances d'indemnités à la charge du *potentior*. Il est fréquent qu'une obligation à la charge du *potentior* naisse de l'exercice de la prérogative. L'obligation prend la forme d'une créance d'indemnité, consécutive à la modification opérée par le *potentior*. L'activation de cette créance éventuelle n'est pas la modification voulue par le *potentior* mais la conséquence de la modification qu'il opère. On a vu que certaines prérogatives ont un caractère onéreux ; cette particularité n'a pas d'incidence sur leur qualification. La créance constitue le prix de la décision. C'est parfois le cas d'une clause de dédit stipulée contre un prix, ou d'un droit d'option assorti d'une indemnité d'immobilisation, par exemple. Le paiement de l'indemnité n'est pas une condition préalable à l'exercice de la prérogative, nécessaire pour qu'il produise son effet. C'est une conséquence de l'exercice. La modification se réalise et acquiert force obligatoire. Une créance est consolidée mais son paiement ne conditionne pas la réalisation de l'effet de la prérogative. Ainsi, le refus de lever l'option n'est pas conditionné par le paiement de l'indemnité d'immobilisation mais conditionne, au contraire, la naissance de la créance de l'indemnité. Dans le même sens, le dédit est effectif indépendamment du paiement de l'indemnité. L'article 1673 du Code civil confirme cette opinion pour la prérogative de rachat dans la vente à réméré. Il dispose que « le vendeur qui use du pacte de rachat, doit rembourser non seulement le prix principal mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont

⁹⁹⁹ Cass. Civ. 3^e, 31 janv. 1984, n° 82-13.549, *Bull. civ.* III, n° 21, *loc. cit.*

¹⁰⁰⁰ Art. 1730 C. civ. ; Cass. Civ. 3^e, 12 juil. 2000, *Bull. civ.* III, n° 143 ; *JCP G* 2001.II.10537, C. CHALAS ; *JCP N* 2001.1587, V. LASSERRE-KIESSOW.

augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations ». Le de ces créances paiement ne conditionne pas l'effet du réméré, seulement l'entrée en possession de la chose par le vendeur. L'acquéreur bénéficie d'un droit de rétention jusqu'à complet paiement mais le transfert de propriété a eu lieu¹⁰⁰¹. Ces obligations constituent donc la contrepartie directe de l'exercice d'une prérogative onéreuse.

L'activation d'une obligation éventuelle peut également se concevoir dans le cas où le *potentior* se rendrait lui même débiteur du sujet passif. Proche de l'idée de l'engagement unilatéral de volonté, cette prérogative s'en distingue néanmoins en ce qu'elle procède d'une stipulation, c'est-à-dire de la technique du contrat¹⁰⁰². Que penser, en revanche, de cette décision en dehors d'une clause contractuelle prévue à cet effet ? Par exemple, un entrepreneur peut-il se déclarer débiteur du maître de l'ouvrage relativement à une obligation qui n'était ni prévue ni envisagée par le contrat ? Pour admettre cet engagement unilatéral de volonté réalisé sous la tutelle du contrat, l'entrepreneur doit bénéficier d'une prérogative contractuelle. Si aucune stipulation ne lui octroie un tel droit, il faut rechercher sa source dans la loi. À cet égard, on peut se demander si l'article 1100-1 du Code civil peut remplir cet office, mais la réponse nous paraît être négative. Cette disposition est très insuffisante à justifier l'existence d'une prérogative contractuelle de ce type. Quand bien même elle consacrerait l'engagement unilatéral de volonté, ce n'est pas au sein des rapports contractuels que le législateur l'a envisagé. La généralité du texte supposerait, en outre, que la prérogative existe dans n'importe quel contrat et soit attribuée à tous les contractants. C'est faire une lecture trop extensive de l'article 1100-1 et le dénaturer. En l'absence de stipulation contractuelle, le *potentior* ne peut pas s'imposer débiteur auprès du sujet passif en créant une nouvelle obligation.

Limiter la conception du contrat à son cœur obligationnel, aux prestations illustrant l'opération voulue par les parties, s'apparente à une vision réductrice du contrat. Il faut également envisager les prérogatives qui modifient les stipulations contractuelles non obligationnelles.

¹⁰⁰¹ Rappr. Cass. Civ. 3^e, 8 nov. 2018, n° 14-25.005 : cassation de l'arrêt qui retient que « le transfert de propriété n'intervient qu'à la date où le prix, définitivement arrêté par une décision ayant autorité de chose jugée, aura été versé effectivement et dans son intégralité ». La Cour de cassation fonde toutefois son attendu sur le fait que le vendeur avait déjà versé une somme à l'acquéreur d'un montant supérieur à celui retenu par l'arrêt de la cour d'appel.

¹⁰⁰² V. *supra*, n° 61.

2) La modification du contenu non obligationnel

214. Le contenu non obligationnel d'un contrat peut être plus ou moins complexe ou fourni. La prérogative contractuelle elle-même appartient à cette catégorie de stipulations puisqu'elle n'a pas pour objet une prestation mais une décision. Celle-ci peut produire son effet sur une autre stipulation de la même catégorie. Les normes non obligationnelles peuvent, comme les normes obligationnelles, être le théâtre de modifications unilatérales. Si le contenu non obligationnel est plus aléatoire que le contenu obligationnel en raison de la variabilité des situations contractuelles, il n'en demeure pas moins que certains éléments appartenant à cet ensemble sont inhérents au contrat. Il en va ainsi de la position contractuelle, ici entendue comme l'identité des parties. En ce sens, la position contractuelle consiste à déterminer les personnes créancières et débitrices l'une de l'autre ; or l'étude des clauses de modification unilatérale démontre l'existence de différentes prérogatives autorisant le *potentior* à opérer des changements de position contractuelle (a). En outre, des modalités géographiques d'exécution du contrat sont souvent stipulées, qui appartiennent elles aussi à la catégorie des stipulations non obligationnelles. Le lieu d'exécution d'une prestation peut faire l'objet d'une prérogative contractuelle, offrant au *potentior* la puissance de déplacer le paiement dans l'espace (b).

a) Modification relative à la position contractuelle

215. **Position contractuelle.** La prérogative contractuelle peut permettre une substitution de position contractuelle¹⁰⁰³, c'est-à-dire que l'un des contractants originels se voit remplacé par un tiers. La règle contractuelle qui détermine l'identité des contractants ne doit pas être confondue avec l'*intuitu personae* qui irrigue certains contrats. Il ne s'agit pas de

¹⁰⁰³ La notion de substitution de position contractuelle ne doit pas être confondue avec celle de subrogation personnelle. V. J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, dir. P. KAYSER, LGDJ, 1979, n° 4, p. 8 : « La subrogation, ce n'est pas n'importe quelle substitution de personnes dans un rapport juridique, c'est uniquement la substitution d'une personne dans les droits attachés à la créance dont une autre était titulaire, à la suite d'un paiement effectué par la première dans les mains de la seconde ». Les prérogatives de substitution de position contractuelle permettent, quant à elles, de s'intégrer dans une situation contractuelle, qui dépasse donc le seul cadre d'une créance et sont en principe antérieures au paiement. Adde C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 213, p. 190. V. aussi G. PILLET, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, préf. P. JOURDAIN, Bibl. de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2004.

contracter en considération de la personne du cocontractant¹⁰⁰⁴ de telle sorte que « changer la personne, c'est changer le contrat »¹⁰⁰⁵. Il s'agit de déterminer les personnes créancières et débitrices l'une de l'autre parce que le contrat les désigne ainsi. Certes, les parties sont les tenants du lien contractuel, si bien qu'il est permis d'hésiter sur la catégorie dans laquelle ranger les prérogatives modifiant les positions contractuelles. Il était envisageable de les classer parmi les prérogatives relatives au lien contractuel. Néanmoins, ces dernières ont été caractérisées comme les prérogatives qui affectent l'existence de la situation contractuelle en permettant sa survie ou en organisant son extinction. Les prérogatives qui réalisent des changements de positions contractuelles trouvent donc leur place au sein du contenu du contrat. Cette hésitation révèle toutefois la porosité qui peut exister entre lien et contenu contractuels, notamment contenu non obligationnel¹⁰⁰⁶.

216. **Qualité de *potentior*.** « La liberté contractuelle se décompose traditionnellement en deux éléments, la liberté de contracter, et la liberté de déterminer le contenu des contrats »¹⁰⁰⁷. Il y est parfois ajouté une troisième assertion relative au choix du cocontractant. Le nouvel article 1102 du Code civil a confirmé ce triptyque. L'examen des prérogatives contractuelles opérant modification en la matière démontre toutefois la subsidiarité de la liberté de choix du cocontractant. La partie titulaire de cette faculté n'est pas toujours celle qui évince un contractant pour s'imposer dans la situation contractuelle. Il arrive qu'une partie dispose d'une faculté d'organiser son propre remplacement. Ainsi, du droit de préemption (i) aux facultés conventionnelles de substitution (ii), la position contractuelle peut être l'endroit d'une modification par décision unilatérale. En outre, un *potentior* peut se prémunir contre l'arrivée d'un contractant non désiré par l'exercice d'une clause d'agrément. Il s'agit alors de conserver un contrôle sur l'identité des parties dans des contrats qui ne sont pas *intuitu personae* (iii).

¹⁰⁰⁴ M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitu personae dans les contrats*, thèse, Paris II, 1974, spéc. n° 28 : « il y a considération de la personne dans un contrat lorsque le cocontractant, au lieu de considérer uniquement la prestation qu'il attend de ce contrat, considère également la personne qui doit lui fournir ladite prestation ».

¹⁰⁰⁵ L. AYNES, *D.* 1992. 278, note sous Cass. Com., 7 janv. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 3.

¹⁰⁰⁶ L'hésitation est encore plus forte en matière de novation par changement de débiteur ou de créancier (Art. 1332 et 1333 C. civ.). Cependant, même à considérer que la novation emporte nécessairement extinction du premier lien contractuel pour permettre la création d'un nouveau contrat en tous points identiques à la différence de la personne de l'un des contractants, ces deux contrats participent d'une seule et même situation contractuelle. Ce faisant, sa survie n'est pas en jeu. Quoi qu'il en soit, cette analyse de la novation par changement de débiteur ou de créancier ne ressort pas de l'article 1229, al. 2 C. civ.

¹⁰⁰⁷ L. LEVENEUR, « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998. 676. V. aussi P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, n° 23, p. 24, spéc. note 76.

i. Les droits de préemptions

217. **Le droit de préemption.** La multitude de droits de préemptions ainsi que la diversité des théories relatives à la nature de l'institution causent l'incertitude qui entoure leur qualification. Souvent décrit comme l'analogue légal du droit de préférence, le droit de préemption est considéré comme un droit s'exerçant dans la période précontractuelle, *ante rem venditam*¹⁰⁰⁸. Madame Saint-Alary-Houin a néanmoins critiqué cette conception, affirmant que l'exercice du droit de préemption se fait postérieurement à la construction d'un lien contractuel¹⁰⁰⁹. La nuance est de taille, car si ce droit est mis en œuvre *a priori*, sa qualification en prérogative contractuelle doit être rejetée. Aucune modification d'une règle contractuelle n'est en effet permise, dès lors que la situation contractuelle n'est pas encore formée. Plus encore, aucune essence décisionnelle n'est décelable au sein d'un simple droit de se voir proposer la conclusion du contrat en priorité. De ce fait, la faculté de former le contrat conférée au bénéficiaire du droit de préemption ne pourrait pas être caractérisée en droit potestatif dans la mesure où il s'agit simplement de l'exercice de la liberté de contracter¹⁰¹⁰. À l'inverse, la théorie selon laquelle le droit de préemption serait mis en œuvre *post rem venditam* octroie une véritable puissance : celle de décider de l'éviction d'un contractant au sein d'une situation contractuelle déjà formée. Par là même, la modification d'une position contractuelle serait opérée. Reste donc à trancher entre ces deux conceptions.

218. **Préexistence d'un contrat à l'exercice du droit de préemption.** Ainsi que l'a démontré Madame Saint-Alary-Houin, il existe toujours une obligation, à l'égard du propriétaire du bien, de déclarer son intention de le vendre. Par une forme de cérémonial *ante contractuel*, le propriétaire informe de sa volonté, soit directement le titulaire du droit de préemption¹⁰¹¹, soit la mairie de la commune où l'immeuble est situé¹⁰¹². La déclaration doit parfois être supplée, en plus des conditions de la vente, par l'identité, le domicile, voire la profession du tiers qui compte se porter acquéreur¹⁰¹³. Ainsi, la « présence [du tiers] est

¹⁰⁰⁸ P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 136.

¹⁰⁰⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 45 et s., p. 38 et s.

¹⁰¹⁰ V. *supra*, n° 42 et s. et n° 72 et s. Contra. I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 147, p. 155 et s.

¹⁰¹¹ Droit de préemption du locataire d'un bail d'habitation ou à usage mixte : Art. 15, II de la loi du 6 juil. 1989, n° 89-462.

¹⁰¹² Droit de préemption urbain : Art. L. 213-1 et 213-2 C. urb. ; Droit de préemption des S.A.F.E.R. : Art. L. 412-8 C. rur.

¹⁰¹³ Par ex. Art. 815-14 C. civ. en matière de droit de préemption des indivisaires. Égal. sur le droit de préemption des S.A.F.E.R., V. art. L. 412-8 C. rur. et art. L. 143-1-2 C. rur. qui mentionne expressément « l'acquéreur

indispensable au fonctionnement du droit »¹⁰¹⁴ ; où l'on comprend qu'un contrat a effectivement été conclu dans la mesure où le tiers et le propriétaire se sont nécessairement accordés sur les conditions de la vente. Une rencontre des volontés s'est techniquement réalisée, et l'exercice du droit de préemption équivaut alors au droit d'évincer une partie dans un contrat déjà formé. De surcroît, l'exercice du droit de préemption peut se faire à l'issue d'une adjudication¹⁰¹⁵. Là encore, son titulaire bénéficie du droit de décider de se substituer à un acquéreur dans le cadre d'une vente déjà formée. En ce sens, le droit de préemption est donc conforme à la notion de prérogative contractuelle.

La qualification du droit de préemption en prérogative contractuelle n'est pas acquise. Le débat peut être tranché par l'étude des sanctions prévues dans l'hypothèse de sa violation. Sur ce point, une dualité apparaît dans l'institution des droits de préemption, qui fait émerger la pluralité des mécanismes que recouvre cette même appellation. Caractérisé comme un droit de décider de l'éviction d'un contractant, le droit de préemption devrait se voir sanctionné par la constatation de la décision, donc par une substitution forcée. Au contraire, la nullité du contrat ou la condamnation au paiement de dommages-intérêts reviendrait à réfuter son objet décisionnel. Comme précédemment démontré, la décision, objet de la prérogative contractuelle, se caractérise par la passivité forcée qui s'impose non seulement au sujet passif mais également au juge, qui n'a d'autres choix que de la constater. Ce n'est pas toujours le cas en matière de droits de préemption. La Troisième Chambre civile a ainsi pu affirmer que « *le non-respect du droit de préemption du locataire n'entraîne que la nullité de la vente et n'ouvre aucun droit de substitution au profit de celui-ci* »¹⁰¹⁶. Par ailleurs, l'article L. 213-2 du code de l'urbanisme prévoit l'annulation de l'aliénation des biens dès lors que le vendeur a violé le droit de préemption. CE choix de sanction est malvenu. Il est regrettable que le législateur n'ait pas tiré de ses propres dispositions la conséquence logique qui découle en matière de sanction. Malgré cet égarement, l'analyse proposée par Madame Saint-Alary-Houin doit être accréditée. Elle permet la qualification de ces droits de préemption en

évincé ». En outre, l'art. L. 213-1 octroie un droit de préemption urbain sur certains biens « lorsqu'ils sont aliénés, à titre onéreux ». Si l'art. 15 de la loi du 6 juil. 1989 n'exige pas expressément du propriétaire qu'il décline l'identité d'un tiers-acquéreur, ce dernier est toutefois évoqué. Il est également fait mention de la « vente projetée », si bien qu'il faut conclure là encore qu'une rencontre des volontés a déjà eu lieu et qu'une situation contractuelle a ainsi été formée.

¹⁰¹⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 52, p. 43.

¹⁰¹⁵ Cette hypothèse est expressément envisagée à l'art. L. 213-1 C. urb. ; V. égal. Art. L. 143-11 et s. C. rur.

¹⁰¹⁶ Cass. Civ. 3^e, 15 nov. 2006, *Bull. civ.* III, n° 226.

prérogatives contractuelles, conférant à leurs titulaires le droit de s'imposer en qualité de cocontractant dans une situation contractuelle déjà formée¹⁰¹⁷.

ii. Les facultés de substitution

219. La faculté conventionnelle de substitution. La faculté conventionnelle de substitution est une prérogative contractuelle de modification de la position contractuelle. Sont ici traitées les clauses permettant à un cocontractant d'organiser sa substitution avec un tiers. L'expression d'une telle faculté se fait au sein d'un contrat préalablement formé, conformément à la définition de la prérogative contractuelle. Le mécanisme est inverse de celui du droit de préemption. La puissance accordée au *potentior* lui confère le droit de sortir de la situation contractuelle dans laquelle il est engagé en organisant son remplacement par un tiers. Nul besoin de l'accord du contractant originaire abandonné lors de la substitution. Ce dernier n'a d'autre choix que de subir cet échange. Aucun autre aspect de la situation n'est par ailleurs modifié, pas même son contenu obligationnel¹⁰¹⁸. La Cour de cassation a pris soin de préciser que seul l'aspect relationnel pouvait être remanié par l'exercice de la faculté de substitution, la prérogative n'influant pas sur le caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat, par exemple¹⁰¹⁹. Par conséquent, les engagements réciproques des parties ne peuvent pas être remis en cause. Ces clauses se trouvent souvent dans les promesses de contrats¹⁰²⁰,

¹⁰¹⁷ Le retrait d'un droit litigieux (Art. 1699-1701 C. civ.) doit également s'analyser en une prérogative contractuelle. Le retenant, débiteur du cédant, peut évincer le cessionnaire sans que celui-ci ne puisse s'y opposer (Cass. Com. 19 déc. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 252 ; *JCP E* 2007.1740, P. MARKHOFF), conférant ainsi à cette faculté de substitution un caractère décisionnel car assujettissant. Toutefois, malgré sa ressemblance avec le droit de préemption, le retrait litigieux recouvre un but distinct. Si le premier permet à son titulaire de bénéficier d'une situation contractuelle à laquelle il désire être partie, le second permet d'éteindre une situation contractuelle, si bien que les deux prérogatives ne peuvent être classées dans la même catégorie d'effets.

¹⁰¹⁸ V. not. E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. CADIET, LGDJ, 1999, spéc. n° 50 et s., p. 46 et s.

¹⁰¹⁹ Cass. Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 05-16.084 et 05-11.897 ; *Defrénois* 2006 n° 38498, E. SAVAUX ; *Lamy* 2006, n° 32 p. 5, P.-E. KENFACK ; *JCP G* 2007.II.10015, G. PILLET ; *JCP N* 2007, n° 15 p. 12, S. PIEDELIEVE ; *AJDI* 2007. 594, F. COHET-CORDEY. Les juges de cassation ont eu à s'interroger sur la remise en cause de la dimension synallagmatique d'un compromis de vente en raison de l'incertitude planant sur l'identité finale de l'une des parties, bénéficiaire d'une faculté de substitution. Par ces arrêts, la Cour a affirmé que « la faculté de substitution stipulée dans une promesse de vente est sans effet sur le caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat ».

¹⁰²⁰ *Ibid.* Égal., Cass. Civ. 3^e, 25 juin 2013, n° 11-27.904, *loc. cit.* V. aussi, P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 886. Dès lors, il faut admettre que la substitution puisse être exercée avant la levée d'option (substitution du bénéficiaire dans la promesse de vente, du promettant dans la promesse d'achat) mais également après la levée, donnant lieu à une modification de la personne de l'acheteur en matière de promesse de vente par exemple. En ce sens, F. COLLART DUTILLEUL, « La durée des promesses de contrats », *op. cit.*, p. 24-25 : « si la clause de substitution disparaît avec la promesse unilatérale, qu'advient-il des autres clauses : indemnité d'immobilisation, conditions suspensives, clauses limitatives de responsabilité, etc. Disparaissent-elles aussi puisque la promesse a cessé d'exister ? Pourquoi seule

mais elles apparaissent également dans des contrats aussi divers qu'une convention d'architecte au profit du maître de l'ouvrage¹⁰²¹, ou qu'un contrat de maintenance¹⁰²².

220. Faculté de substitution et cession de contrat. Si la Cour de cassation a pu, par le passé, qualifier la clause de substitution de stipulation pour autrui¹⁰²³ ou la soumettre au régime de la délégation¹⁰²⁴, il semble qu'elle n'ait eu pour vocation que de permettre le contournement des formalités de l'ancien article 1690 du Code civil, relatif à la cession de créance¹⁰²⁵. La réforme du droit des obligations ayant, depuis, consacré la cession de contrat, traditionnellement caractérisée comme une cession de position contractuelle¹⁰²⁶, il convient de s'interroger sur les liens entre les deux mécanismes aujourd'hui. À cet égard, de nombreux auteurs ont déjà pu affirmer le rattachement de la faculté de substitution au mécanisme de la cession de contrat¹⁰²⁷. Le consentement du contractant cédé, exigé par l'article 1216 du même code, peut être donné par avance, lors de la conclusion du contrat. Dans cette hypothèse, la faculté de substitution conventionnelle est une prérogative contractuelle qui organise une cession de contrat. On peut alors parler de « cession de contrat forcée »¹⁰²⁸. En effet, en consentant à la cession future du contrat, le contractant cédé rend le contrat simplement cessible, c'est-à-dire « doté d'une qualité supplémentaire »¹⁰²⁹, qu'il sera au pouvoir du *potentior* d'exercer ou non. Corrélativement, le contractant cédé n'aura pas la possibilité de

la clause de substitution devrait-elle disparaître ? » La Cour de cassation a en outre admis les substitutions multiples ; V. Cass. Civ. 3^e, 19 mars 1997, *Bull. civ.* III, n° 68 ; D. 1997. 341, P. BRUN.

¹⁰²¹ Cass. Civ. 3^e, 12 déc. 2001, n° 00-15.627 ; D. 2002. 984, M. BILLIAU ; *RDI* 2002. 49, B. BOUBLI, p. 230, D. TOMASIN.

¹⁰²² Cass. Com. 6 mai 1997, n° 95-10.252 ; D. 1997. 588, C. JAMIN ; *RTD civ.* 1997. 936, J. MESTRE.

¹⁰²³ Cass. Civ. 3^e, 2 juil. 1969, *Bull. civ.* III, n° 405 ; *RTD civ.* 1970. 347, LOUSSOUARN. Égal. Cass. Civ. 3^e, 17 avr. 1984, *Bull. civ.* III, n° 87 ; D. 1985. 234, I. NAJJAR. Comp. L. AYNES, *La cession de contrat, op. cit.*, spéc. n° 178 et s., p. 129 et s. ; Adde J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990, spéc. n° 156.

¹⁰²⁴ Cass. Civ. 3^e, 12 déc. 2001, n° 00-15.627, *loc. cit.* ; V. SOUBISE, « La transmission, par substitution du bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », D. 1994. 237 : l'auteur retient la délégation pour qualifier le mécanisme de la substitution.

¹⁰²⁵ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, op. cit. et loc. cit.*, n° 886 ; V. Cass. Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1987, *Bull. civ.* III, n° 68, D. 1987. 454, L. AYNES ; Cass. Civ. 3^e, 27 avr. 1988, *Bull. civ.* III, n° 83, D. 1989.65, I. NAJJAR ; Cass. Civ. 3^e, 12 juin 1985, n° 83-17.134.

¹⁰²⁶ L. AYNES, *La cession de contrat, op. cit.*

¹⁰²⁷ Par ex., L. AYNES, « Cession de contrat : nouvelle précision sur le rôle du cédé », D. 1998. 26, note sous Cass. Com. 6 mai 1997, n° 94-16.335. ; M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat, op. cit.*, n° 390 ; D. R. MARTIN, « Du changement de contractant », D. 2001. 3144 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, spéc. « Art. 1216 » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 596 et s. ; C. LISANTI, « La clause de substitution dans les contrats préparatoires : clause de cession de contrat ? », *JCP N* 2017. 1270 ; M. MEKKI, « La clause de substitution dans les promesses de vente : une cession de contrat, *what else ?* », *BRDA* 20/2018, n° 33 ; *Contra* E. JEULAND, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personnes », D. 1998. 356 ; C. GIJSBERS, « Faut-il "rebaptiser" les clauses de substitutions après la réforme du droit des obligations ? », *JCP N* 2016. 1194.

¹⁰²⁸ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption, op. cit.*, n° 214, p. 192.

¹⁰²⁹ V. L. AYNES, « Cession de contrat : nouvelle précision sur le rôle du cédé », *op. cit.*

s'opposer à la substitution au jour de l'exercice de la faculté, de sorte qu'il sera assujéti par la décision de modifier la position contractuelle. Il faut donc distinguer la cession de contrat littérale, qui exige l'accord du cédé lors de la cession, de la faculté de cession ou de substitution, qui suppose seulement que le contractant substitué y a consenti en amont. La qualification de prérogative contractuelle doit seulement être rejetée quand l'autorisation du cédé est exigée concomitamment à la cession. Le cédant ne dispose pas, alors, d'un pouvoir décisionnel à l'égard du cédé¹⁰³⁰. Peu importe, par ailleurs, que le cédant ou substituant – *potentior* ayant mis en œuvre la prérogative de substitution – reste tenu solidairement avec le cessionnaire aux termes de l'article 1216-1, alinéa second du Code civil. D'une part, ce cas de figure ne fait pas obstacle à la qualification de prérogative contractuelle. D'autre part, le cédant n'est pas tenu de la charge définitive de la dette d'exécution du contrat si bien qu'il ne joue qu'un rôle de garant, ce qui est conforme à la substitution de position contractuelle.

221. Faculté de substitution et novation. Un raisonnement analogue peut être tenu en matière de novation par changement de débiteur ou de créancier. Bien que l'article 1229 qualifie la novation de contrat, les articles 1232 et 1233 octroient de véritables prérogatives contractuelles de substitution. La première des dispositions est éloquente, qui affirme que « la novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier ». Il n'est même pas besoin d'un accord donné par avance : c'est une puissance décisionnelle que la loi accorde à chaque créancier. L'article 1233 requiert le consentement du créancier qui peut être donné par avance, toutefois. Le fonctionnement est le même que celui de la cession de contrat. Puisque l'accord du créancier-sujet passif n'est pas exigé concomitamment ou postérieurement à la décision pour qu'elle produise son effet, la qualification de prérogative contractuelle s'impose. La différence de technique entre la novation par changement d'obligation et la notion par changement de position contractuelle est telle qu'on en vient à s'interroger sur l'unité de cette institution. Sa présentation dans le nouveau Code civil exprime sa dualité par l'incohérence qu'il y a à la présenter comme un contrat pour se dédire ensuite¹⁰³¹.

¹⁰³⁰ Sur ce point, V. *supra*, n° 42-43.

¹⁰³¹ Sur la novation en tant que modification, V. *supra*, n° 59 : dans cette étude, la modification est entendue largement comme tout changement qui intervient au cours de la réalisation de la situation contractuelle. *Contra* A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, *op. cit.*, n° 28 et s., p 15 et s. : l'auteur retient une définition stricte de la modification qui suppose le maintien du lien contractuel.

222. Pluralité des prérogatives de substitution. On peut s'interroger sur la pluralité des facultés conventionnelles de substitution, les unes étant soumises au régime des articles 1216 et suivants, ou 1229 et suivants du Code civil et les autres relevant des stipulations contractuellement prévues à cet effet. Ainsi, la procédure contractuelle peut différer des prévisions du législateur, notamment au regard de la validité de la cession et de l'opposabilité de la cession au cédé¹⁰³². Comment qualifier, par exemple, la faculté conventionnelle de substitution qui stipule expressément que sa mise en œuvre n'est pas soumise à un écrit ? Que penser encore d'une clause précisant la nécessité d'informer le cédé de la substitution par lettre recommandée avec accusé de réception sans que la sanction du manquement soit envisagée¹⁰³³ ? La Cour de cassation a eu à répondre à cette dernière question : approuvant les juges du fond d'avoir déclaré la substitution opposable au substitué, elle affirme que « la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas soutenu que la substitution dans le bénéfice de la promesse constituait une cession de contrat et qui a retenu, par une interprétation souveraine de la volonté des parties, exclusive de dénaturation, que la formalité prévue pour l'exercice de la substitution, qui n'était pas sanctionnée dans l'acte, avait un but exclusivement probatoire [...] en a déduit à bon droit [...] que la promesse n'était pas caduque »¹⁰³⁴. De la sorte, il faut considérer que le régime des articles 1216 à 1216-3 du Code civil, lorsque le cédé a consenti une faculté de cession à son cocontractant, s'assimile à un régime supplétif de volonté. Ainsi que le suggère la Troisième Chambre civile, il revient aux parties de démontrer qu'elles entendaient se placer sous la protection du régime légal, à défaut de quoi les stipulations contractuelles prévalaient. L'absence de stipulation d'une sanction faisait de la formalité une règle probatoire. En outre, aux clauses conférant une faculté de substitution à un contractant doivent s'ajouter les dispositions légales qui vont dans ce sens. On peut citer, à titre d'exemples, l'article 1717 du Code civil relatif au bail, l'article 1601-4 du même code concernant le contrat de vente d'immeuble à construire, ou encore l'article L. 211-11 du Code du tourisme à propos du contrat de vente de voyage. Il s'agit là de prérogatives contractuelles de substitution, d'origine légale cette fois puisqu'elles s'imposent dans les contrats désignés sans qu'un accord des parties ait été nécessaire.

¹⁰³² L'art. 1216, al. 2 et 3 C. civ. précise la nécessité d'un écrit pour constater la cession à peine de nullité, ainsi que les modalités d'opposabilité au cédé par notification ou prise d'acte.

¹⁰³³ Sur l'exigence de notification, V. *infra*, n° 412 et s.

¹⁰³⁴ Cass. Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-18.738 ; *RTD civ.* 2018. 878, H. BARBIER.

iii. La prérogative d'agrément

223. **La clause d'agrément.** L'agrément peut être décrit comme un droit de *veto*. Il permet à son titulaire d'éviter un lien contractuel avec une personne non désirée, par l'intermédiaire d'un cocontractant commun. En ce sens, l'agrément ne doit pas être confondu avec l'exigence d'une acceptation pour une cession de position contractuelle ; il ne s'agit pas d'une substitution de partie au contrat¹⁰³⁵. La notion de situation contractuelle doit ici être mobilisée pour en comprendre le mécanisme. Dans sa forme la plus courante, le droit d'agrément permet au contractant d'un premier contrat de modifier, dans sa dimension relationnelle¹⁰³⁶, le contenu d'un second contrat, les deux formant un tout car étant voués à la réalisation d'une opération économique commune¹⁰³⁷. Ces deux contrats peuvent donc être considérés indépendamment, mais s'articulent néanmoins dans une situation unique. Cet aspect justifie l'octroi d'une puissance décisionnelle à un *potentior* pour modifier un contrat auquel il n'est pas partie. La clause d'agrément a alors pour effet de conférer à son bénéficiaire un droit de regard sur le cocontractant de son cocontractant, et ainsi d'empêcher ce dernier de contracter avec une personne déterminée.

La particularité de cette prérogative contractuelle se trouve dans le rôle que joue la décision du *potentior*. Alors que la grande majorité des prérogatives permettent à leur bénéficiaire de faire seul ce qui devrait théoriquement être fait de concert avec toutes les parties au contrat pour produire des effets, la clause d'agrément procède du mécanisme inverse. Elle consiste à empêcher le sujet passif de la prérogative de faire ce qu'il devrait normalement pouvoir faire seul. Dans ce cas, la puissance conférée à la volonté du bénéficiaire consiste à lui permettre de s'imposer dans un rapport juridique au sein duquel il n'aurait théoriquement pas droit de cité. Ainsi, la clause d'agrément introduite dans un pacte d'associés empêche l'un d'eux de disposer librement de ses parts ou actions dans la société¹⁰³⁸. La clause d'agrément n'a pas

¹⁰³⁵ À une exception près : dans l'hypothèse d'une cession de contrat conforme aux exigences des art. 1216 et s. C. civ., le futur cédé qui a donné son consentement à la cession lors de la formation du contrat peut exiger la stipulation d'une clause d'agrément. Celle-ci ne permettrait donc pas d'empêcher la substitution de position contractuelle donc bénéficie le cédant mais d'obtenir un droit de regard sur la personne du cessionnaire.

¹⁰³⁶ Il arrive que l'agrément soit utilisé pour s'opposer à des modifications sur un bien. Par ex. Cass. Civ. 3^e, 12 oct. 1971, *D.* 1972. juris. 210, à propos des travaux qu'un boulanger, locataire d'un bail commercial, voulait effectuer sur son fournil.

¹⁰³⁷ Comp. G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat*, op. cit., n° 369 et s., p. 207 et s. : l'auteur entend plus largement la notion.

¹⁰³⁸ La prérogative d'agrément peut d'ailleurs avoir une source légale, par exemple dans les sociétés anonymes (art. L. 228-24, al. 1^{er}, C. com.), ce qui n'est pas le cas pour d'autres sociétés au sein desquelles les associés

vocation à empêcher l'associé de disposer de ses parts, mais elle l'empêche d'en disposer avec qui bon lui plaît. La clause d'agrément permet également au bailleur de modérer la faculté du preneur de céder ou de sous-louer son bien via l'article 1717 du Code civil. Ce qui ne nécessite théoriquement aucun assentiment de la part d'autres personnes que le cédant et le cessionnaire est finalement subordonné, par la clause d'agrément, à l'absence de veto d'un « tiers intéressé » au contrat visé.

Par-delà la position contractuelle, le contenu non obligationnel du contrat peut faire l'objet d'une modification, par décision unilatérale, dans sa dimension géographique.

b) Modification relative au lieu d'exécution de la situation contractuelle

224. La clause de mobilité n'est pas l'apanage des rapports entre employeurs et salariés, bien que ceux-ci concentrent l'essentiel des jurisprudences relatives à la modification du lieu d'exécution des prestations¹⁰³⁹. Les contrats de distribution donnent également des exemples de décisions permettant ce type de modifications. Le lieu de livraison peut être laissé à la détermination future du créancier, ou fixé dès la formation du contrat et assorti d'une faculté d'en changer. Le droit maritime offre également un exemple de ces prérogatives sous la forme des « *liberty clauses* » qui « permettent de modifier unilatéralement le port de destination »¹⁰⁴⁰. Plus généralement, le législateur a expressément précisé le caractère supplétif de l'article 1342-6 du Code civil qui dispose que le paiement est quérable. Ainsi, bien que le domicile du débiteur soit par défaut le lieu d'exécution de sa propre prestation, toute stipulation conférant la puissance unilatérale de modifier cette modalité à l'une ou l'autre des parties au contrat doit être considérée comme valable. Par ailleurs, le lieu d'exécution du contrat peut faire l'objet d'autres modifications unilatérales, à l'exemple de la déspecialisation partielle que le preneur peut imposer au bailleur d'un local commercial en vertu de l'article L. 145-15 du code de commerce. Si l'exécution contractuelle n'est pas géographiquement déplacée, son emplacement (le local) fait en revanche l'objet d'une modification au regard de la spécialité dont son propriétaire l'avait affublée.

doivent la stipuler conventionnellement (par ex. à propos d'une société en nom collectif, Cass. Com. 6 fév. 2019, n° 17-20.112 ; *D.* 2019. 568, A. TADROS ; *Rev. soc.* 2019. 326, I. BEINEX ; *RTD civ.* 2019. 325, H. BARBIER).

¹⁰³⁹ Sur la qualification de « pouvoir » de cette décision unilatérale de l'employeur, qui doit être prise conformément à l'intérêt de l'entreprise (par ex. Cass. Soc. 10 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 210).

¹⁰⁴⁰ V. P. STOFFEL-MUNCK (et P-Y. GAUTIER), « Entre la bonne foi et le respect des clauses, que choisir ? » (2^e partie), Actes de la journée Ripert, *DMF*, 2009, p. 782.

225. **Conclusion de la section.** La quête d'un contrat souple, perméable à son environnement, transparaît au travers de la variété des prérogatives consacrées. Leur multitude confirme la recherche d'adaptation de la situation contractuelle, qui se manifeste tant au regard de l'existence du lien contractuel, que de son contenu. La dissociation des phases de formation du contrat permet qu'une partie se réserve le droit de décider ultérieurement de sa conclusion définitive. Le *potentior* peut confirmer l'existence de la situation contractuelle, en levant l'option par exemple, ou y renoncer, en exerçant une prérogative de repentir. L'extinction du lien contractuel offre aux contractants la possibilité d'échapper à une situation devenue inutile, soit qu'elle fasse l'objet d'une inexécution, soit que les circonstances qui l'entourent aient évolué. La quête d'un contrat flexible passe également par la faculté d'en modifier le contenu, sans que son existence en soit bouleversée. L'adaptation joue un rôle non négligeable en faveur de la stabilité contractuelle. Les changements permis peuvent concerner les prestations promises en vertu du contrat, avec des réserves toutefois. La stabilité du lien contractuel peut aussi impliquer la modification de règles non obligationnelles. La position contractuelle fait ainsi l'objet de nombreuses prérogatives tant l'intérêt qu'il y a à maîtriser sa qualité de partie ou l'identité d'un cocontractant s'avère salulaire. La clause d'agrément empêche un lien contractuel forcé avec une personne non désirée, le droit de préemption autorise son titulaire à s'arroger la position de cocontractant, et la faculté de substitution s'analyse comme une cession forcée de contrat conférant le droit de sortir d'un rapport contractuel en se faisant remplacé par un tiers. D'autres prérogatives sont destinées à encadrer l'exécution de la prestation, ainsi du lieu géographique où elle s'inscrira par exemple. Les prérogatives sont toutefois plus nombreuses et plus variées par leurs effets que celles qui sont énumérées. La clause d'arbitrage accordée au souscripteur d'une assurance-vie ainsi que la prérogative de modification des supports éligibles dont est titulaire l'assureur en constituent des exemples topiques en jurisprudence¹⁰⁴¹, de même que la prérogative de modification des conditions de vente¹⁰⁴². Dans le même sens, la renonciation, acte abdicatif unilatéral par essence¹⁰⁴³, se classe parmi les prérogatives contractuelles dès lors qu'elle porte sur une clause contractuelle stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties. Il en va ainsi de la renonciation à une clause attributive de

¹⁰⁴¹ Par ex. Cass. Civ. 2^e, 7 mai 2009, *op. cit.* ; Cass. Civ. 2^e, 12 janv. 2017, *op. cit.*

¹⁰⁴² Par ex. CA Paris 11 avr. 2012, n° 09/28591.

¹⁰⁴³ F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, *op. cit.*, n° 12 et s., p. 29 et s.

compétence¹⁰⁴⁴, ou encore du vendeur qui renonce aux formalités imposées par lui à l'acheteur¹⁰⁴⁵. Par-delà les modifications les plus courantes, les praticiens ont fait un usage prononcé de la liberté contractuelle qui leur est accordée. L'admission de la prérogative contractuelle comme mécanisme de droit commun est donc confirmée par l'étude de la fonction qu'elle remplit dans chacune de ses manifestations, et qui renvoie toujours à la nécessité de pouvoir adapter le contrat au temps de son exécution.

226. Conclusion du chapitre. « L'indifférence du Code civil à l'égard du temps coïncide essentiellement avec la conception spiritualiste du contrat, qui place le centre de gravité de ce dernier dans la rencontre des volontés, purement instantanée »¹⁰⁴⁶. L'appréhension d'une temporalité dans le contrat marque une évolution de sa conception : le contrat-type n'est plus celui qui se consume au moment de sa création. Il s'étire dans le temps, dissociant l'étape de sa formation de celles de son exécution et de son extinction. Dès lors, la rigidité traditionnelle de ses stipulations ne peut perdurer. L'intangibilité du contrat ne se justifie plus ; de la souplesse est requise. L'observation de prérogatives contractuelles dans le Code de 1804 suggère que les rédacteurs avaient entrevu cette nécessité. Sauf à croire à une représentation de l'individu omniscient, un Dieu de l'Olympe surpuissant, sa capacité d'emprise sur l'avenir est relative. Par conséquent, sa capacité d'anticipation au jour de la création de la situation contractuelle l'est également : « Imprudent ! Est-il sûr de demain ? d'aujourd'hui ? »¹⁰⁴⁷ Ces considérations supposent de regarder les mécanismes d'adaptation unilatérale du contrat sans défiance. La nécessité de faire coïncider l'exécution contractuelle avec les circonstances internes ou externes qui l'entourent de manière concomitante représente l'intérêt que remplit la prérogative. Elle légitime son admission de principe dans la théorie contemporaine du contrat. L'examen des prérogatives les plus courantes a permis de vérifier cette hypothèse et va dans le sens d'une démythification de la *potestas* contractuelle. Celle-ci est ordinaire et relève parfois de pratiques anciennes – certaines prérogatives sont exposées par Pothier, d'autres étaient déjà connues en droit romain. Être titulaire d'une prérogative contractuelle revient à se réserver la possibilité de contrôler la conformité du contrat à l'intérêt qui a gouverné sa création. En ce sens, la puissance unilatérale conférée au

¹⁰⁴⁴ Cass. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1982, *Bull. civ.* II, n° 78 : la clause avait été insérée dans l'intérêt exclusif d'une des parties.

¹⁰⁴⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1991, *Bull. civ.* I, n° 250 : En l'espèce, les vendeurs avaient renoncé à l'exigence que l'acheteur fournisse une caution.

¹⁰⁴⁶ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « Le temps et le contrat », *op. cit.*, n° 7, p. 48 ; Adde J.-M. PUGHON, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁴⁷ V. HUGO, « À Mademoiselle Louise B. », *Les chants du crépuscule*, 1836.

contractant pour modifier un élément contractuel ne constitue pas une injure à l'idée de contrat mais s'impose comme la reconnaissance d'une donnée externe, la temporalité.

CHAPITRE 2 : L'INTERDIT

227. La règle d'intangibilité du contrat exigée par l'article 1193 du Code civil a été rapportée au rang de simple règle supplétive de volonté. Les dérogations sont nombreuses, qui constituent autant de prérogatives contractuelles admises en droit positif. Le *mutuus consensus*, requis pour faire naître une situation contractuelle viable, n'a pas la même valeur. Son caractère impératif ressort des règles applicables à la formation du contrat. Celles-ci sont destinées à assurer l'intégrité du consentement et font obstacle aux prérogatives contractuelles qui pourraient l'altérer. L'étude des prérogatives contractuelles interdites porte, en premier lieu, sur celles qui ont pour fonction ou pour effet de contourner cette exigence. La *potestas* contractuelle ne doit pas permettre de dévoyer le consentement (Section 1).

Dans certains cas, le consentement d'une partie se conçoit comme une adhésion. Exclue de l'élaboration du contrat, elle est en position de faiblesse. Elle n'a pas, ou peu, d'influence sur l'édification des clauses contractuelles. Cette différence dans le mode de formation des actes juridiques « touche à l'essentiel puisqu'elle concerne l'articulation entre le contenu du contrat et la volonté des contractants »¹⁰⁴⁸. L'admission de la *potestas* contractuelle suppose que le sujet passif soit en position de défendre ses intérêts or, lorsque sa volonté est muselée, il ne peut plus s'en faire la voix¹⁰⁴⁹. La partie forte peut en tirer profit. L'étude des prérogatives contractuelles interdites porte, en second lieu, sur celles qui ont pour effet de créer un déséquilibre significatif. Ce déséquilibre survient lorsque la partie forte exploite l'adhésion de la partie faible. Il n'est pas inhérent, cependant, à toutes les prérogatives. Dans ces situations également, le besoin d'adaptation se fait sentir. Il faut établir des critères pour identifier les prérogatives nécessaires de celles qui doivent être prohibées (Section 2).

¹⁰⁴⁸ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁴⁹ V. T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015. 1217, spéc. n° 2 : il faut que « la volonté demeure ce facteur d'unification des accords contractuels ».

Section 1. Le dévoiement du consentement

228. Toutes les règles qui participent à la situation contractuelle ne sont pas susceptibles d'être modifiées par la prérogative. L'examen des prérogatives contractuelles acceptées en droit positif a montré que celles-ci pouvaient porter tant sur les règles relatives à la continuité du lien contractuel que sur celles qui correspondent au contenu du contrat. La création de la situation contractuelle est toujours présumée, donc antérieure à l'exercice de la prérogative. Elle procède de l'échange des consentements. L'exigence du consensus est impérative à ce stade. L'incompatibilité de la prérogative contractuelle avec le consentement, surgit alors. Elle procède de l'incohérence qu'il y a à s'engager sans s'engager. Cette forme d'impossible conduit à une contradiction qui annihile le système du contrat. Ce faisant, les prérogatives vouées à réduire la portée du consentement doivent être prohibées (§1). Dans la continuité de cette affirmation, la validité de la prérogative de nullité du contrat interroge. Son exercice suppose de laisser le *potentior* évaluer l'intégrité d'un consentement. La subjectivité qui innerve cette appréciation laisse penser qu'elle doit, elle aussi, être prohibée (§2). La sanction des prérogatives interdites varient entre réputé non écrit et nullité du contrat, selon que sa survie est possible ou non (§3).

§1. Préservation de la portée du consentement contractuel

229. Le consensus exigé pour que le contrat intègre l'ordre juridique est impératif. Il est le fondement inaltérable de toute situation contractuelle viable. Pour exister, il faut que le contrat procède d'un accord de volontés. La formation du contrat se rapporte, dans son acception stricte, à l'échange des consentements relatif à l'exécution future du contrat. Monsieur Pénin a montré qu'il existait des corpus de règles distincts propres à chacune des phases de la vie contractuelle, sa création et son exécution¹⁰⁵⁰. Bien que cette dissociation rigide soit trop conceptuelle pour restituer fidèlement la réalité de la pratique contractuelle¹⁰⁵¹, un liant

¹⁰⁵⁰ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, *op. cit*

¹⁰⁵¹ La présentation chronologique de la vie contractuelle a une visée didactique. La formation du contrat porte sur son exécution future et s'en distingue difficilement. En outre, les volontés solitaires œuvrent de façon persistante à chaque étape. Le *mutuus consensus* ne constituent que leur rencontre. Cependant, des corps de règles distincts prédominent selon que le contrat soit en phase de constitution ou de réalisation, qui réservent un rôle variable à cette volonté.

entre les règles de création du contrat ressort. La protection du consentement des parties est au cœur de ce corps de normes légales. Elles sont vouées à garantir son intégrité ou à empêcher son dévoiement (A). Ces règles fondent la prohibition des prérogatives contractuelles qui détériorent la teneur du consentement d'une partie en le contredisant (B).

A. La protection du consentement au cœur des règles de création de la situation contractuelle

230. Un ensemble de normes légales impératives sont réservées à la création du contrat (1). Elles ont pour fonction commune de préserver le consentement des dévoiements dont il peut faire l'objet (2).

1) Des règles spécifiques

231. **Le dépassement de la dimension chronologique.** La création de la situation contractuelle se conçoit d'abord comme l'étape préalable à sa réalisation. La présenter comme le prélude du processus contractuel est, cependant, réducteur. Elle relève en principe de l'aboutissement d'une étape antérieure initiée par l'introduction des futurs contractants en pourparlers. Cette période ante-contractuelle est parfois assimilée à la notion de formation du contrat comprise *lato sensu*. Elle prend fin – sauf échec des négociations – à l'issue de l'échange des consentements de toutes les parties en présence. S'amorce alors la phase d'exécution du contrat jusqu'à son extinction, étape finale du lien qui unit les parties. Toutefois, par-delà la dimension chronologique que recouvrent les notions de création et d'exécution de contrat, apparaît une dimension substantielle. À chacune de ces étapes correspond un ensemble de règles. Monsieur Pénin a démontré que les règles de formation relevaient d'une nature différente des règles d'exécution. Dénonçant l'indifférenciation de ces deux corps de règles, cet auteur a mis en évidence la spécificité des normes de formation du contrat par comparaison à celles de son exécution. Définies comme « l'ensemble des règles de

droit qui conditionnent l'accès du pacte à la normativité et dont le mode opératoire se singularise par son autonomie »¹⁰⁵², les règles de formation constituent une catégorie singulière.

232. Les critères de la règle de formation du contrat. De façon schématique, la fonction de la règle de formation est de permettre le passage du fait au droit, quand celle des règles d'exécution consiste à ériger la passerelle du droit aux faits¹⁰⁵³. Autrement dit, la règle de formation a pour fonction de « déterminer positivement ou négativement ce qu'est un contrat juridiquement valable »¹⁰⁵⁴, en posant un « cadre légal impératif »¹⁰⁵⁵. La normativité du contrat doit alors se comprendre comme un « accès à l'ordre juridique »¹⁰⁵⁶, tandis que les règles d'exécution ont pour fonction d'organiser son effectivité¹⁰⁵⁷. Cette démonstration est étayée par la différence de sanctions accordées aux deux corps de règles : la violation d'une règle de formation entraîne la nullité du contrat, décrite comme le fait de « retirer de l'ordonnancement juridique un contrat qui, à raison d'une malformation, n'aurait jamais dû y prendre place »¹⁰⁵⁸. Lorsque le sauvetage du contrat est possible, seule la clause contractuelle qui contredit la portée d'une norme de formation est privée de force obligatoire, notamment grâce au réputé non écrit, parfois grâce à la nullité partielle. Par opposition, aucune des sanctions propres à l'inexécution ne peut s'analyser ainsi, y compris la résolution malgré son caractère parfois rétroactif. Ainsi, « en matière de résolution, [...] l'existence du contrat est parfaitement légitime, [...] si sa disparition est voulue et recherchée, c'est uniquement dans le but de préserver le créancier-victime »¹⁰⁵⁹. Cette conception est d'ailleurs rappelée par un récent arrêt de la Cour de cassation consacrant la survie des clauses du contrat résolu vouées à la réparation des conséquences de l'inexécution¹⁰⁶⁰. La fonction de la règle de formation est ainsi distinguable par son caractère impératif ayant pour but de conférer au contrat formé sa

¹⁰⁵² O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 55, p. 30.

¹⁰⁵³ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 29-30, p. 18 ; Adde V. « Exécution », P. THERY, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* : « L'exécution [...] permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être ».

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵⁵ *Ibid.* Adde C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. III, 1^{re} partie, *Les conditions de formation*, Économica, 6^e éd., 2003, n° 224, p. 200.

¹⁰⁵⁶ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 31, p. 19.

¹⁰⁵⁷ V. égal. I. ALVAREZ, *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, L'Harmattan, 2017, spéc. n° 241 et s., p. 115 et s.

¹⁰⁵⁸ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 700, p. 501.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ Cass. Com. 7 fév. 2018, n° 16-20.352 ; D. 2018. 537, D. MAZEAUD ; p. 1336, S. TREARD ; *RTD civ.* 2018. 401, H. BARBIER ; *RTD com.* 2018. 184, B. BOULOC ; *RDC* 2018. 196, J. KNETSCH ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 15, p. 26, M. MEKKI ; JCP G 2018. II. 707, M. LEVENEUR-AZEMAR.

validité, c'est-à-dire sa place dans l'ordonnancement juridique¹⁰⁶¹. La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé le caractère intouchable des règles de création de la situation contractuelle¹⁰⁶², qui doivent être « sauves de toute stipulation contractuelle »¹⁰⁶³. Le respect de ce corps de règles, c'est-à-dire la soumission aux conditions exigées, confère au contrat sa normativité.

233. Revue des règles de formation. Les règles de formation répondent à des caractéristiques structurelles qui leur sont propres. Nombreuses, celles-ci ne sont pas toutes contenues au sein de l'article 1128 du Code civil, ni même dans la section II du Titre troisième du même code, relative à la validité du contrat. Les conditions posées par l'article 1128 concentrent l'essentiel des exigences posées par ce corps spécifique de normes. L'exigence du consentement des parties est requise, de même que leur capacité et un contenu licite et certain. Ces conditions sont développées par les dispositions qui suivent, permettant de détailler les différentes notions en jeu et de poser les critères auxquels elles doivent répondre pour faire leur œuvre. Les articles 1130 à 1144 précisent ainsi les caractéristiques d'un consentement vicié, tandis que l'article 1129 rappelle que seul le consentement d'une personne saine d'esprit est valablement considéré par le droit positif. Suivent les règles relatives à la capacité puis à la représentation. L'article 1162 subordonne le but et le contenu contractuel à l'ordre public. L'article 1163 impose formellement – et à peine de nullité selon la jurisprudence¹⁰⁶⁴ – le caractère possible et *a minima* déterminable de la prestation. Seul le prix fait exception à cette exigence dans les contrats cadre et dans les contrats de prestation de service en vertu des deux dispositions suivantes. Tout en précisant que l'équivalence des prestations n'est pas une exigence relative à la formation du contrat, le législateur rappelle ensuite que la contrepartie illusoire ou dérisoire dans les contrats onéreux est elle aussi sanctionnée par la nullité. Enfin, l'article 1170 répute non écrite toute clause qui vide de sa substance une obligation essentielle, reprenant la décision des juges de cassation des affaires

¹⁰⁶¹ V. toutefois, P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 367 : ces auteurs considèrent qu'au-delà de l'absence de validité du contrat, le manquement à l'une des conditions posées par l'article 1128 C. civ. interdit de considérer le contrat comme formé.

¹⁰⁶² Cass. Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-20.096 ; *D.* 2015. 2478, N. DISSEAUX ; 2016. 1613, M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *RTD civ.* 2016. 122, H. BARBIER ; *RTD com.* 2016. 54, J. MONEGER. En l'espèce, la Cour a cassé le jugement d'appel en rappelant que « la clause qui prévoit une condition portant sur un élément essentiel à la formation du contrat doit être réputée non écrite ».

¹⁰⁶³ H. BARBIER, note sous Cass. Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-20.096, *loc. cit.*

¹⁰⁶⁴ Par ex. Cass. Com. 26 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 71 ; *D.* 2009. 2580, M.-L. BELAVAL ; *RTD civ.* 2009. 527, B. FAGES ; *D.* 2010. 287, J.-C. HALLOUIN : nullité du contrat de cession de parts d'une société disparue pour défaut d'objet.

*Chronopost*¹⁰⁶⁵ et *Faurecia*¹⁰⁶⁶. Cette fois, la survie du contrat est possible et seule la stipulation est invalidée.

D'autres règles doivent être comptées au sein de cette catégorie¹⁰⁶⁷. Il en va ainsi notamment de l'exigence d'une condition licite par l'article 1304-1 du Code civil, ainsi que de la prohibition de la condition potestative, désormais instituée par l'article 1304-2 du Code civil et classée, comme la première, dans le quatrième titre, au chapitre relatif aux modalités de l'obligation¹⁰⁶⁸. Sanctionnée par une nullité absolue¹⁰⁶⁹, l'obligation potestative emporte dans sa déchéance le contrat au sein duquel elle s'inscrit par le biais de l'article 1169 du même code. C'est l'acte tout entier qui s'en trouve affecté¹⁰⁷⁰. L'interdiction de l'obligation potestative est une condition d'accès de la convention à l'ordre juridique, la règle étant par ailleurs autonome et impérative. Il s'agit, par le biais d'une pseudo-modalité de l'obligation, de manipuler une condition de validité du contrat. Sans prétendre à l'exhaustivité, il apparaît ainsi que de nombreuses règles concourent à organiser l'entrée du contrat dans l'ordonnement juridique.

¹⁰⁶⁵ Cass. Com. 22 oct. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *D.* 1997. 121, A. SERIAUX ; *JCP G* 1997. II. 22881, D. COHEN ; *JCP G* 1997. I. 4025 n° 17, G. VINEY ; p. 4002, n° 1, M. FABRE-MAGNAN ; *Gaz. Pal.* 1997. 2. 519, R. MARTIN ; *Defrénois* 1997. 333, D. MAZEAUD ; *Contrats Conc. Consom* 1997, n° 24, L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1997. 418, J. MESTRE. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, op. cit., t. 2, n° 157, p. 105 ; V. not. pour une appréciation critique des différentes lectures de l'arrêt, J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 271 et s., p. 186 et s. Égal. Cass. Com. 9 juil. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 121 ; Com. 30 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 132 ; Com. 5 juin 2007, *Bull. civ. IV*, n° 157.

¹⁰⁶⁶ Cass. Com. 29 juin 2010, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *D.* 2010. 1832, D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2010. 555, B. FAGES ; *D.* 2011. 35, P. BRUN et GOUT ; p. 472, S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON. Comp. (même affaire) Cass. Com. 13 fév. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 43.

¹⁰⁶⁷ En ce sens, O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, op. cit., n° 39 et s., p. 21 et s.

¹⁰⁶⁸ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, op. cit., n° 53 et s., p. 28 et s. : selon cet auteur, la place de ces règles dans un chapitre dédié aux modalités de l'obligation n'altère pas leur caractérisation en règle de formation. Ces clauses *accidentalia* requièrent, en effet, elles-aussi un processus de validation, indépendamment de la validité du contrat.

¹⁰⁶⁹ Par ex. Cass. Soc., 9 juil. 1996, *Bull. civ. V*, n° 269. Le nouvel article 1304-2 C. civ. introduit une hésitation à ce sujet toutefois, puisqu'il dispose que la « nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause ». Serait-ce à dire que cette nullité est relative et ne peut être invoquée par le créancier dont la créance aurait, malgré la condition potestative qui l'infectait, été payée ? C'est l'opinion de certains auteurs. V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., spéc. n° 776.

¹⁰⁷⁰ C'est du moins le cas lorsque la nullité de l'obligation entraîne un défaut de la contrepartie convenue, conformément à l'article 1169 C. civ., ou lorsque l'obligation, si elle est accessoire, a néanmoins constitué un élément déterminant de l'engagement d'au moins une des parties. V. par ex. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 775 ; Pour un ex. de jurisprudence, V. Cass. Com. 23 sept. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 284 : « Mais attendu que [...] cette condition faisait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il était au seul pouvoir de [la société débitrice] de faire survenir ou d'empêcher ; Que [la cour d'appel] a pu en déduire que la promesse de vente se trouvait atteinte de nullité par suite du caractère potestatif de cette condition ».

234. **Approche matérielle de la création de la situation contractuelle.** La recension de ces diverses règles permet en premier lieu de consacrer la distinction entre l'approche chronologique et l'approche matérielle de la création de la situation contractuelle. L'approche chronologique se conçoit comme l'instant sublimé de la rencontre des consentements et qui s'évanouit dès lors. L'approche matérielle rend compte de ce que certaines règles de formation du contrat interviennent au stade de son exécution. Ainsi, par exemple, de l'article 1170 du Code civil : les clauses prohibées ont vocation à vider une obligation essentielle de sa substance lors de l'exécution du contrat. Il en va de même de l'exigence de déterminabilité de la prestation : les éléments qui permettent sa détermination seront mobilisés au stade de l'exécution contractuelle. En ce sens, la création de la situation contractuelle ne se résume pas au temps du consensus opéré par les parties mais le dépasse. C'est pourquoi des éléments de l'exécution contractuelle peuvent être concernés par l'application des règles de création, à commencer par les prérogatives.

En dépit de l'aspect disparate des règles énoncées, une logique générale apparaît, qui va au-delà du simple cadre impératif d'accès du contrat à l'existence juridique. Les règles relatives à la création de la situation contractuelle ne sont pas le résultat d'un pragmatisme hasardeux. Au contraire, elles sont vouées à assurer la réalité de l'engagement contractuel. Cet engagement sert de référentiel à toute l'opération projetée. La protection des consentements des parties est alors essentielle.

2) Une fonction unique

235. Classiquement présenté comme l'une des trois conditions de formation du contrat, le consentement doit, pour revêtir une validité juridique, être libre et éclairé¹⁰⁷¹ – en d'autres termes, non vicié. Il est permis de s'étonner que cette exigence soit placée, au sein de l'article 1128 du Code civil, sur le même plan que la capacité et le contenu du contrat. En effet, l'un comme l'autre paraissent intimement liés au consentement. Ils s'apparentent davantage à des prolongements de la notion de consentement qu'à des exigences indépendantes. Hormis quelques dispositions destinées à assurer la licéité de l'opération, l'ensemble des règles de formation de la situation contractuelle est voué à garantir l'intégrité du consentement des

¹⁰⁷¹ Expression moins commune qu'il n'y paraît dans les dispositions légales. V. toutefois, Art. 61-6 al. 2 C. civ. ; Art. 232 C. civ. ; Art. L. 1111-4 CSP.

parties. Cette fonction des règles de création du contrat se justifie en premier lieu par l'impérativité de l'exigence de consensus à ce stade. Le consentement n'est pas seulement l'expression de la volonté de son auteur ; il est également le mécanisme d'aliénation de ce dernier. C'est la raison pour laquelle il ne se conçoit pas sans réciprocité. Cette dualité n'est pas ignorée par le Code civil. Les dispositions relatives à la création de la situation contractuelle sont ainsi vouées à garantir l'intégrité des faces subjective (la volonté) et objective (l'engagement) du consentement. Comprendre la portée de cette protection permet d'appréhender les interdicts auxquels se heurte la prérogative contractuelle.

236. La protection de la volonté. Le consentement n'est pas un absolu qui se suffit à lui-même. Dire « je consens » c'est encore ne rien dire si l'auteur de ces mots n'est pas identifié comme une personne capable d'un vouloir individuel et raisonnable. En ce sens, la capacité à contracter n'est autre que la capacité à consentir. De même, les règles relatives à la représentation ont vocation à certifier la réalité du consentement en assurant son individualité lorsqu'il se fait par la voix d'un autre, nécessairement tiers à l'acte¹⁰⁷². Par ailleurs, l'exigence d'une personne saine d'esprit¹⁰⁷³, associée au régime des incapacités en droit des contrats¹⁰⁷⁴, renvoie à la protection des personnes vulnérables auprès desquelles il serait aisé d'extorquer le consentement¹⁰⁷⁵. « La volonté de contracter est d'abord une opération intellectuelle : elle implique la *conscience* des éléments de l'opération envisagée et l'*intention* de réaliser celle-ci en concluant le contrat »¹⁰⁷⁶. Les bien nommés vices du consentement assurent la continuation de cet impératif en permettant à une personne, pourtant capable, de dénoncer ponctuellement un acte en raison d'une mutilation caractérisée de la manifestation de sa volonté. Ainsi, l'expression de consentement « libre et éclairé » s'annonce comme un pléonasme. Le consentement ne peut exister chez un sujet qui ne dispose pas de la faculté de faire des choix et par là même d'exprimer un refus. De même, le concept de consentement perd tout crédit lorsqu'il est fondé sur un dol, une erreur ou de la violence. C'est donc parce que la volonté irrationnelle, viciée, ou simplement impressionnée altère le consentement que les règles

¹⁰⁷² L'article 1154 C. civ. est à cet égard particulièrement éclairant : « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant ». V. Art. 1153 à 1161 C. civ.

¹⁰⁷³ Art. 1129 C. civ.

¹⁰⁷⁴ Art. 1145 à 1152 C. civ.

¹⁰⁷⁵ V. N. PETERKA, A. CARON-DEGLISE et F. ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 4^e éd., 2017-2018 ; B. EYRAUD et P. VIDAL-NAQUET, « Consentir sous tutelle. La place du consentement chez les majeurs placés sous mesure de protection », *Rev. sc. hum.* 14/2008, p. 103.

¹⁰⁷⁶ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *Les sources*, op. cit., n° 102, p. 93.

relatives à la capacité, à la représentation et aux vices sanctionnent la validité du contrat. De la sorte, la capacité de contracter mentionnée par l'article 1128 n'est autre que la préservation de l'intégrité du consentement dans sa dimension subjective.

237. La garantie de l'engagement. Le consentement ne consiste pas seulement à vouloir mais aussi à s'engager auprès d'autrui. C'est sa dimension objective. Il réalise une aliénation¹⁰⁷⁷. Pour ce faire, le consentement doit nécessairement avoir un objet¹⁰⁷⁸, une consistance, sans quoi il se perdrait dans le néant qui l'habite et devrait du même coup être invalidé. Dire « je consens » n'est rien ; seul le « j'y consens » compte. C'est le propre de l'exigence de certitude du contenu du contrat exprimée à l'alinéa 3 de l'article 1128 du Code civil. Si la condition de sa licéité – c'est-à-dire sa conformité générale à l'ordre public précisée à l'article 1162 du même code¹⁰⁷⁹ – n'est pas destinée à garantir le consentement, les dispositions qui suivent y sont, en revanche, pleinement vouées. Ainsi de l'article 1163 du Code civil : pour s'engager, encore faut-il savoir à quoi. C'est le propre de l'exigence de déterminabilité et de possibilité de la prestation, sans quoi le consentement serait amputé de sa face objective : il n'y aurait donc pas d'engagement. L'article 1166 corrobore la protection de l'engagement en évitant qu'il puisse être dévoyé lorsque la qualité de la prestation attendue n'est pas rendue déterminable par le contrat. Le législateur a ainsi pris soin d'envisager l'hypothèse d'un débiteur peu scrupuleux, qui chercherait à minimiser la teneur de son engagement en exécutant une prestation d'une qualité moindre, ou inversement d'un créancier qui tenterait d'obtenir une prestation excédant ce à quoi son cocontractant s'est engagé. Quantité de dispositions ont pour dessein d'empêcher un détournement du consentement de la partie qui s'est obligée, que ce détournement provienne du cocontractant ou qu'il soit l'œuvre du débiteur lui-même, soucieux de se substituer à toute aliénation. La protection de l'engagement du contractant passe par l'interdiction des clauses destinées à priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Désormais issue de l'article 1170 du Code civil, la règle provient originellement de la jurisprudence et était à l'origine relative aux clauses limitatives de responsabilité¹⁰⁸⁰. La formule jurisprudentielle de l'arrêt *Chronopost* de 1996 réputait alors la clause non écrite parce qu'elle « contredisait la portée de l'engagement pris ».

¹⁰⁷⁷ V. *supra*, n° 33.

¹⁰⁷⁸ La notion d'objet est entendue ici dans son sens matériel, c'est-à-dire *ce sur quoi porte* le consentement.

¹⁰⁷⁹ Il en va de même en matière de licéité de la condition, à défaut de quoi l'obligation est nulle et le contrat qui l'abrite également. V. Art. 1304-1 C. civ.

¹⁰⁸⁰ Cass. Com. 22 oct. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 261, *loc. cit.* ; Cass. Com. 29 juin 2010, *Bull. civ. IV*, n° 115, *loc. cit.*

La même logique se retrouve à l'article 1304-3 du Code civil qui répute accomplie la condition suspensive dont celui qui y avait intérêt à empêcher l'accomplissement (et réciproquement pour la condition résolutoire)¹⁰⁸¹, ainsi que la prohibition de la condition purement potestative à l'article 1304-2. Il s'agit en toutes circonstances d'éviter un consentement sans aliénation, c'est-à-dire d'empêcher le contractant de s'engager artificiellement, de s'engager sans s'aliéner¹⁰⁸².

Pris dans sa double dimension de volition et d'engagement, le consentement est l'essence de la création du contrat. Il dispose donc d'une place centrale au sein du corpus de règles de formation. La création de la situation contractuelle s'apparente à une passerelle entre le vouloir du for interne et l'engagement à l'égard d'une figure externe. Contracter, c'est-à-dire créer le contrat, c'est vouloir irrémédiablement s'engager dans les limites de la licéité. À cet effet, une véritable incompatibilité apparaît avec la prérogative contractuelle.

B. Interdiction des prérogatives contractuelles de révision du consentement

238. Contrat et postestativité ne sont pas antinomiques. En revanche, l'étude de la création de la situation contractuelle démontre la contradiction des prérogatives avec le consentement. Elle justifie leur prohibition lorsque les prérogatives ont pour effet de porter atteinte à son intégrité. Cette atteinte se dédouble en deux hypothèses propres aux deux faces du consentement. D'une part, la volonté d'une personne ne peut être contrainte par une autre, si bien qu'il n'existe pas de prérogative contractuelle permettant de forcer un sujet passif à contracter (1). D'autre part, le *potentior* peut chercher à vider de sa substance son propre engagement. C'est alors la plénitude de son consentement que le droit garantit par la prohibition des prérogatives permettant un tel détournement (2).

¹⁰⁸¹ V. sur ce point, V. FORTI, « La réalisation fictive de la condition », in *Le nouveau régime général des obligations*, dir. V. FORTI et L. ANDREU, Dalloz, 2016, p. 31.

¹⁰⁸² Comp. H. KENFACK, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, Thèmes & Commentaires, Dalloz, 2008, p. 117, spéc. p. 120 et s. : selon l'auteur, ces règles sont des manifestations indirectes du concept de confiance dans le contrat.

1) Protection du consentement du sujet passif

239. Incompatibilité de la volonté de contracter avec la décision contractuelle. La volonté est ce for interne au sein duquel l'individu n'appartient qu'à lui-même ; elle est ce sol que nul ne peut fouler. Contraindre la volonté d'autrui contrevient à l'idée même de volonté et détruit la substance du consentement. La volonté ne supporte pas l'assujettissement. C'est précisément la dimension de passivité forcée que la prérogative contractuelle suppose qui la rend inconciliable avec la volonté¹⁰⁸³. Ainsi, la décision qui consiste à assujettir la volonté d'autrui pour créer la situation contractuelle est à proscrire. Ce constat se retrouve d'ailleurs dans l'adage aux origines romaines selon lequel « nul n'est contraint d'accepter »¹⁰⁸⁴. Si cette hypothèse s'est avérée matériellement impossible lorsque la prérogative procède d'une stipulation prévue par les parties¹⁰⁸⁵, il n'existe pas non plus de disposition légale conférant un tel pouvoir à une personne privée sur une autre¹⁰⁸⁶. Guidée par le principe constitutionnel de liberté contractuelle, la volonté de former le contrat ne peut être soustraite aux parties. Certes, il existe des injonctions légales obligeant une personne à contracter (des assurances notamment), mais elles n'accordent pas à un sujet le droit d'imposer à un autre la conclusion du contrat. Par ailleurs, le cocontractant n'est pas déterminé par la loi, si bien que la liberté du sujet est conservée par le biais du choix de la personne de son cocontractant. En outre, ces injonctions légales sont généralement rattachées à la qualité de propriétaire (ou de tout autre droit réel) sur un bien déterminé, de sorte que la volonté du sujet semble est garantie par ce biais¹⁰⁸⁷. Batiffol résumait l'injonction légale à contracter de la sorte : « refuser de contracter, c'est refuser de vivre en société »¹⁰⁸⁸. Le célèbre « droit au compte » fait quant à lui intervenir un tiers – la Banque de France – si bien que la qualification de prérogative contractuelle est là aussi évincée. En ce qui concerne le droit d'option, il a été précédemment rappelé que la situation contractuelle était déjà créée par la

¹⁰⁸³ V. *supra*, n° 49 et s.

¹⁰⁸⁴ V. J. HILAIRE, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, 2013, p. 139 : la règle est présente dans le Code de Justinien. Égal. A SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 17.

¹⁰⁸⁵ La stipulation contractuelle suppose l'existence d'une situation contractuelle préexistante. **V. Titre 1, Chap. 1**

¹⁰⁸⁶ Nous rappelons à ce titre que la prérogative contractuelle de puissance publique n'entre pas dans notre champ d'étude.

¹⁰⁸⁷ De la volonté d'acheter un véhicule terrestre à moteur peut ainsi être déduit le consentement à contracter une assurance par exemple, puisque le futur propriétaire n'est pas censé ignorer que l'art. L. 212-1 C. Ass. l'y contraint. Cette conception n'est pas exempte de critiques, notamment au regard du caractère vital de certains biens, par exemple dans l'hypothèse d'un bail d'habitation. Le locataire est sommé de contracter une assurance (Art. L. 215-1 C. Ass.). Il n'en va toutefois pas de même pour le propriétaire qui occupe son logement.

¹⁰⁸⁸ H. BATIFFOL, « La crise du contrat », *op. cit.*, p. 23.

rencontre des consentements permettant la formation du contrat de promesse. Seule l'évolution en contrat définitif est laissée à la décision du *potentior*. La jurisprudence applique également le principe selon lequel il est impossible pour un juge de contraindre une personne à contracter, de façon rigoureuse qui plus est¹⁰⁸⁹. Il n'existe donc pas de prérogative contractuelle permettant à son bénéficiaire d'imposer à un sujet passif de consentir à la création *ex nihilo* d'une nouvelle situation contractuelle.

240. Incompatibilité de la création et de la modification contractuelles. L'impossibilité de concilier la volonté de contracter avec la prérogative contractuelle est, par ailleurs, confirmée par la fonction adaptative précédemment attribuée à cette dernière. Admettre la capacité évolutive du contrat suppose que ce dernier existe de façon préalable. La modification s'oppose ainsi à la création en ce qu'elle requiert un référentiel¹⁰⁹⁰. Le plaidoyer pour une maîtrise de la situation contractuelle grâce aux prérogatives contractuelles se vide entièrement de son sens si celles-ci ont vocation à organiser la formation du contrat. L'adaptation de la situation contractuelle n'a de raison d'être qu'au stade de son exécution. Dès lors, la prérogative est non seulement inconciliable avec la volonté par son objet (la décision contractuelle) mais encore par son effet (la modification contractuelle).

241. Les contrats pour autrui. Une partie peut se voir imposer un nouveau cocontractant par l'effet d'une substitution ou d'une cession de contrat¹⁰⁹¹. En revanche, la prérogative qui consisterait à imposer à un tiers la qualité de partie à un contrat préexistant sans qu'il y consente est prohibée. La volonté de contracter est protégée, que la situation contractuelle soit ou non déjà formée. Cette dernière conjecture vise spécifiquement la catégorie des contrats pour autrui¹⁰⁹². Parmi eux, les contrats conclus au nom et pour le compte d'autrui peuvent être envisagés. Les cas de représentation juridique ont été catégorisés parmi

¹⁰⁸⁹ Par ex., Cass. Civ. 1^{re}, 15 mars 2017, n° 15-28. 224. L'arrêt est critiquable dans la mesure où le requérant faisait grief à la cour d'appel d'avoir rejeté sa demande de rétablissement de son compte d'utilisateur sur un site Internet alors que la résiliation de son compte initial était abusive. La Cour de cassation pouvait donc, sans briser le principe selon lequel nul ne peut contraindre une personne à contracter, déclarer inefficace la résiliation et reconnaître ainsi la poursuite des relations contractuelles entre les deux parties. V. J. HUET, « Du mauvais usage de la règle déclarant impossible pour un juge de contraindre une personne à contracter (à propos de la résiliation d'un compte sur un site Internet) », *RDC* 2018. 209.

¹⁰⁹⁰ En ce sens, A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 13, p. 4 : l'auteur définit la modification comme « l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer *en cours d'exécution* un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie en maintenant le rapport contractuel » (nous soulignons).

¹⁰⁹¹ V. *supra* n° 219 et s.

¹⁰⁹² V. A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 33 et s.

les pouvoirs, ce qui exclut la qualification de prérogatives contractuelles¹⁰⁹³. En outre, dans le domaine de la représentation conventionnelle parfaite, le consentement du représenté est acquis, sans quoi ce dernier ne se trouverait pas engagé. Les cas de représentations légales ou judiciaires supposent, pour leur part, que la volonté du représenté ne puisse s'exprimer valablement que par la voix du représentant, le représenté ne disposant pas d'un discernement suffisant pour consentir de manière autonome. Ainsi, les contrats conclus pour autrui par le biais d'une représentation ne renvoient jamais à l'hypothèse d'une prérogative contractuelle permettant à son bénéficiaire d'imposer la qualité de contractant à un sujet passif.

Dans le cas de la stipulation pour autrui, le bénéficiaire n'a pas la qualité de partie au contrat. Ce tiers voit naître un droit à son profit sans y avoir consenti. Cependant, ce droit ne devient définitif que par son acceptation, si bien que le stipulant ne peut plus y renoncer ou le modifier à sa guise une fois passée cette étape¹⁰⁹⁴. Ainsi, le bénéficiaire n'est jamais sujet passif, ni du stipulant, ni du promettant¹⁰⁹⁵. Il arrive également que des personnes se trouvent parties à des contrats en raison de leur qualité d'ayants cause universels. Il faut toutefois considérer qu'elles y ont indirectement consenti, dans la mesure où la qualité de successeur de la personne physique décédée ou de la personne morale dissoute ne s'impose pas à elles mais doit être acceptée. Les ayants cause universels sont assimilés aux parties contractantes disparues par l'effet d'une fiction légale à laquelle elles ont consenti¹⁰⁹⁶. C'est enfin la gestion d'affaire qu'il faut envisager. À ce sujet, seule l'hypothèse d'une gestion d'affaire parfaite, au sein de laquelle le gérant agit au nom et pour le compte du maître par la réalisation d'actes juridiques bilatéraux, présente un intérêt, à condition que le quasi-contrat n'ait pas été ratifié¹⁰⁹⁷. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, une personne (le maître) peut se retrouver dans une position contractuelle sans l'avoir voulu. Deux justifications sont envisageables. La

¹⁰⁹³ V. *supra*, n° 77 et s.

¹⁰⁹⁴ Art. 1206 C. civ. ; égal., Cass. Civ. 1^{re}, 24 juin 1969, *Bull. civ.* I, n° 246 : « La stipulation en vertu de laquelle le bénéfice de l'assurance est attribué à un bénéficiaire déterminé ne devient irrévocable que par l'acceptation de ce bénéficiaire ».

¹⁰⁹⁵ Si la jurisprudence a pu admettre que la stipulation pour autrui donne naissance à des obligations à la charge du bénéficiaire, ce n'est qu'à la condition que ce dernier les ait acceptées. Ainsi, l'existence de la dette du tiers est subordonnée à son consentement, tandis que la naissance de sa créance en est indépendante, seule sa consolidation étant soumise à son acceptation. V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 483.

¹⁰⁹⁶ V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, spéc. n° 464. L'héritier d'une personne physique dispose ainsi d'une option successorale (Art. 768 C. civ.). De même, il n'existe pas d'hypothèse selon laquelle le patrimoine d'une personne morale est transmis à un tiers sans que celui-ci y ait consenti, de sorte qu'il faut considérer que les contrats auxquels ce dernier se trouve partie par l'effet de la transmission de patrimoine ont été également consentis.

¹⁰⁹⁷ Art. 1301-3 C. civ. : « La ratification de la gestion par le maître vaut mandat ». Par la ratification, le consentement du maître est assuré.

première justification repose sur l'utilité : la condition d'utilité, essentielle dans cette opération contractuelle, peut présupposer la volonté. En ce sens, il faudrait considérer qu'au vu de l'intérêt qu'il en retire, le maître n'aurait pas pu vouloir autrement. Il aurait donc nécessairement consenti à l'opération. Cette conception n'emporte pas notre conviction. L'utilitarisme ne peut supplanter l'individualité du consentement, c'est-à-dire que la volonté ne peut se réduire à l'utile¹⁰⁹⁸. Aussi, il ne semble pas opportun de déduire qu'il existe incidemment un consentement de la part du maître simplement fondé sur l'intérêt que ce dernier a retiré de la gestion. La seconde justification, qui consisterait à voir dans ce quasi-contrat un pouvoir au sens juridique du terme est adéquate. L'utilité dont procède la gestion n'est en aucun cas liée à la volonté de celui qui en bénéficie ; ce n'est pas même le sujet. Simplement, le gérant effectue un acte de pouvoir-altruisme. Il dispose de l'aptitude à agir dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien¹⁰⁹⁹. D'ailleurs, la gestion d'affaire se singularise par son hétéronomie lorsqu'elle donne lieu à la création d'actes juridiques, signe caractéristique du pouvoir, par opposition au droit subjectif. Ainsi perçue, la gestion d'affaire ne donne pas lieu à une quelconque prérogative contractuelle de création d'une situation contractuelle mais à un pouvoir de gestion.

Il faut conclure que la volonté de contracter ne peut pas s'extraire de son auteur pour appartenir à un autre que lui-même. Le consentement à l'acquisition d'une position contractuelle ne peut jamais faire l'objet d'un assujettissement. Tout contractant a consenti directement ou indirectement à la situation contractuelle à laquelle il appartient, sans jamais être sujet passif d'un *potentior* – personne privée. La volonté ainsi protégée, c'est à l'intégrité de l'engagement des parties qu'il faut s'intéresser.

2) Garantie de l'intégrité du consentement du *potentior*

242. Antagonisme de l'engagement et de la prérogative contractuelle. La volonté de contracter, première composante de la notion de consentement, doit rester libre.

¹⁰⁹⁸ À ce propos, la consécration de l'engagement unilatéral de volonté (jurisprudentielle dans un premier temps puis légale, au nouvel article 1100-1 du Code civil) ne repose pas sur l'intérêt pour le créancier mais sur l'espérance légitime née chez ce dernier. En ce sens, A. SERIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », *op. cit.*, spéc. n° 6, p. 11 ; *adde* E. DOCKES, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. Social*, 1994. 227, spéc. p. 231 et s. Sur la consécration jurisprudentielle de l'engagement unilatéral de volonté, V. par ex. Cass. Com. 10 oct. 1995, n° 93-20.300 ; *D.* 1996. 120, R. LIBCHABER ; *D.* 1997. 85, N. MOLFESSIS, (à propos de la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile).

¹⁰⁹⁹ L'altruisme du gérant ne suppose pas son abnégation. V. art. 1301-4 al. 1 C. civ. : « L'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires ».

L'engagement, seconde composante du consentement, ne doit pas être vidé de sa substance par son auteur. C'est que la dimension objective du consentement aliène : elle oblige à l'égard d'un autre que soi. C'est pourquoi le consentement procède nécessairement d'un échange. Il ne se conçoit pas sans réciprocité, sans quoi les parties passeraient d'une relation contractuelle à un lien féodal¹⁰⁰. Aussi, il peut arriver que l'engagé, une fois le consentement réciproque obtenu, tente de s'émanciper de sa propre promesse par l'effet d'une puissance décisionnelle. En faisant cela, le contractant altère l'idée même de contrat. Le respect de la promesse donnée procède, avant toute chose, du désir de voir son cocontractant respecter la sienne. Si par un jeu de stipulations, une partie peut s'assurer les bénéfices qu'il attend du contrat sans être contraint de fournir sa part du marché, l'économie de l'opération est faussée. C'est cela, s'engager sans s'engager : une promesse artificielle, seulement vouée à recueillir le consentement de l'autre partie sans pour autant être aliénante pour soi. L'engagement doit donc être plein et intègre, sans paradoxe. Il est ainsi inconciliable avec la décision modificatrice parce qu'il ne supporte pas la contradiction. Des auteurs ont développé, pour exprimer ce principe, l'existence d'un devoir de cohérence contractuelle¹⁰¹. Les prérogatives qui permettent d'organiser la désintégration d'un engagement contractuel doivent être prohibées.

C'est notamment le cas de la condition potestative (a), des clauses ayant vocation à priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (b), ainsi qu'en matière de détermination unilatérale de la prestation (c).

a) L'interdiction de la condition potestative

243. La prohibition d'un engagement artificiel est particulièrement éloquente en ce qui concerne l'article 1304-2 du Code civil, relatif à la condition potestative. Définie comme celle « dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur », elle frappe de nullité l'obligation à laquelle elle est rattachée et emporte dans son sillon le contrat tout entier

¹⁰⁰ En ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », *op. cit.*, spéc. n° 26 et s., p. 29 : « Si l'une des parties est liée et l'autre non, ce rapport devient un rapport de maître (celui qui conserve la liberté pure) à un esclave (celui qui lui a aliéné sa liberté). Et un rapport de maître à esclave n'est pas acceptable, ne supporte pas la contractualisation, lui est antinomique ».

¹⁰¹ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, pref. J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 595 et s., p. 322 et s. ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR WATT, PUAM, 2001, n° 183 et s. p. 169 et n° 401 et s., p. 339 et s.

lorsqu'il est conclu à titre onéreux¹¹⁰². En effet, « consentir à la condition de vouloir » recèle une contradiction indépassable. La condition potestative révèle l'octroi d'un consentement couplé à une absence de consentement. La potestativité est absolue ; elle se transforme alors en une puissance arbitraire, à la différence de la condition anciennement dite « simplement potestative » qui n'est pas *si voluero*. En d'autres termes, il s'agit pour le contractant « bénéficiaire » de la condition potestative d'organiser son « évasion contractuelle »¹¹⁰³. Puisqu'il est au bon plaisir du débiteur de conférer à son obligation une existence concrète, le *vinculum juris* n'existe pas et, de ce fait, l'engagement qu'il a pris auprès du créancier non plus¹¹⁰⁴. L'obligation potestative masque l'absence de lien obligatoire d'une partie à l'égard de l'autre¹¹⁰⁵. « Rien n'est plus contraire à [la nature de l'obligation] que de la faire dépendre de la pure volonté de celui qu'on suppose la contracter »¹¹⁰⁶. Par conséquent, la prohibition de la condition potestative « découle de l'essence même de l'obligation »¹¹⁰⁷, et du contrat ajouterait-on¹¹⁰⁸. Si la présentation théorique ne souffre aucune objection, l'application pratique de l'article 1304-2 est plus complexe. L'étude de différents mécanismes tend à démontrer que la notion de condition potestative doit, pour être prohibée, être entendue strictement.

Comment justifier l'admission en droit positif des prérogatives contractuelles issues des ventes à la dégustation et de la vente à réméré¹¹⁰⁹ ? La jurisprudence a choisi de qualifier la faculté de rachat en condition résolutoire¹¹¹⁰, tandis que la dégustation est analysée en une condition suspensive dont la réalisation est laissée à l'appréciation de l'acheteur¹¹¹¹. Pour l'une comme pour l'autre, la potestativité ne fait pourtant pas de doute. Le réméré réside dans la seule décision du vendeur initial, sans faire intervenir aucun événement objectif susceptible de permettre le rachat. De même, la dégustation renvoie à la satisfaction subjective de

¹¹⁰² Art. 1169 C. civ.

¹¹⁰³ D. MAZEAUD, *D.* 1996. 330, note sous Cass. Civ. 3^e, 22 nov. 1995, n° 94-11.014.

¹¹⁰⁴ En ce sens, V. A.-R. THEODORESCO, *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français*, Paris, 1923, spéc. p. 47 et s.

¹¹⁰⁵ V. égal. P. MALAURIE, *D.* 1996. 604, note sous Cass. Civ. 3^e, 22 nov. 1995, n° 94-11.014, *loc. cit.* : « pour savoir si une condition est potestative, ce qui importe c'est de rechercher si l'engagement du contractant était ou non sérieux ».

¹¹⁰⁶ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.* n° 205, p. 212.

¹¹⁰⁷ A.-R. THEODORESCO, *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français*, *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁰⁸ *Contra* W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007. 701 : « Ce n'est que très exceptionnellement que la stipulation pourra être analysée comme trahissant non pas une condition mais un "non consentement", une absence radicale d'engagement de la part de celui qui s'oblige » (n° 15). L'auteur plaide pour une requalification de ces engagements en promesses unilatérales de contrats (n° 17 et s.).

¹¹⁰⁹ V. égal. *Le Lamy Droit du contrat*, dir. B. FAGES, Lamy, 2019, n° 692.

¹¹¹⁰ Cass. Civ. 3^e, 31 janv. 1984, n° 82-13.549, *Bull. civ.* III, n° 21, *loc. cit.*.

¹¹¹¹ P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 93.

l'acheteur, de sorte que seule sa décision est en jeu. En outre, les prérogatives de repentir permettent à leur bénéficiaire de se désengager avant le commencement de l'exécution du contrat¹¹¹². La validité de ces mécanismes se justifie néanmoins. La condition potestative prohibée est celle qui est pernicieuse. Contrairement aux hypothèses envisagées, elle permet de manipuler le consentement du sujet passif de sorte qu'il s'aliène dans la croyance erronée que son engagement est réciproque.

244. **Vente à réméré et vente avec « test commercial ».** Selon les auteurs classiques¹¹¹³ et d'autres plus récents¹¹¹⁴, seule la condition suspensive potestative doit être prohibée mais non la condition résolutoire potestative. Demolombe écrivait à ce sujet : « on a pu remarquer que nous n'avons, dans les développements qui précèdent, appliqué l'article 1174 qu'à la condition suspensive. C'est que, en effet, nous pensons qu'il n'est pas applicable à la condition résolutoire, et qu'une obligation peut être, au contraire, valablement contractée sous une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige »¹¹¹⁵. L'exemple de la vente à réméré oblige à s'interroger sur le sens de cette affirmation. En la matière, le caractère résolutoire de la condition fait penser à un droit de repentir dans la mesure où cette condition permet au vendeur initial de revenir sur ce qui a été conclu¹¹¹⁶. Une différence notable subsiste pourtant : dans le domaine des droits de repentir, le contrat n'a pas encore été exécuté. À l'inverse, dans la vente avec faculté de rachat, les obligations contractuelles réciproques ont *a priori* été payées. Du moins, le transfert de propriété a eu lieu¹¹¹⁷. En ce sens, cette prérogative permet un anéantissement rétroactif du contrat qui avait été conclu de façon définitive. Il serait donc ardu de plaider pour une requalification de la faculté de réméré en droit de repentir. Pourtant, les motifs qui justifient la prohibition de la condition potestative ne paraissent pas applicables à cette opération particulière.

¹¹¹² V. *supra*, n° 194.

¹¹¹³ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, LGDJ, 1954, n° 1028.

¹¹¹⁴ V. not. W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *op. cit.*, spéc. n° 6 et s.

¹¹¹⁵ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 25, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, Lahure, 1877, n° 328 ; Cité par G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 771.

¹¹¹⁶ L'exercice de la faculté de rachat est encadré d'un délai maximal de 5 ans, Art. 1660 C. civ. En outre, l'article 1673 dispose qu'en sus du prix principal le vendeur qui exerce sa faculté de rachat doit s'acquitter des « frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds jusqu'à concurrence de cette augmentation ».

¹¹¹⁷ V. Cass. Civ. 3^e, 25 oct. 2006 : absence d'obligation pour le vendeur avec faculté de rachat de restituer le prix principal dès lors que ce prix, stipulé payable à terme, n'a pas encore été versé.

La faculté de rachat n'a pas vocation à obtenir un consentement sans réciprocité. Issue d'une pratique de l'Antiquité, la vente à réméré était originellement consentie à titre de sûretés¹¹¹⁸. Certains droits coutumiers ont fait perdurer son usage, notamment en matière immobilière¹¹¹⁹. La pratique moderne ne s'est pas départie de ce contrat, celui-ci faisant office de garantie¹¹²⁰ ou ayant une fonction spéculative¹¹²¹. Ainsi, la prérogative contractuelle conférée au vendeur n'est pas vouée à permettre le détournement de son engagement. Elle rend possible la récupération du bien si la situation financière du vendeur le permet ultérieurement. Il en va de même pour la vente assortie d'un « test commercial ». Là encore, la spécificité de l'opération justifie sa validité. L'achat d'un vêtement prêt-à-porter avec possibilité d'échange ou de remboursement n'est pas seulement extrêmement commun. Il renvoie à la possibilité de conférer à l'acheteur un droit de regret potestatif lui permettant, une fois le contrat exécuté, de se remettre rétroactivement dans la situation dans laquelle il était avant sa conclusion. Le dessein du droit de retour n'est pas de rendre l'engagement de l'acheteur artificiel. Le vendeur a, pour sa part, vu l'intérêt qu'il avait à conférer cette puissance décisionnelle à son cocontractant. La vente est facilitée et, ainsi, plus probable. Ces prérogatives d'anéantissement rétroactif du contrat n'ont pas les inconvénients dirimants propres à la condition potestative. Elles doivent être analysées comme prérogatives de dissolution du lien contractuel spécifiques. Celles-ci ne sont pas assimilables à des mécanismes célèbres : ce ne sont pas des conditions potestatives au sens de l'article 1304-2 du Code civil puisqu'elles ne sont pas destinées à contredire l'engagement pris pour la création du contrat. Elles ne sont pas non plus des droits de repentir dans la mesure où le contrat est exécuté ou encore une résolution unilatérale puisque le comportement du sujet passif n'est pas engagé.

245. Intégrité du consentement et prérogatives de repentir. L'étude de la vente à réméré, malgré le rejet de sa qualification en droit de rétractation, pousse à s'interroger sur les prérogatives de repentir. Monsieur Latina a d'ailleurs pu écrire que « le recours à la condition pour analyser le pacte de réméré ou la clause de dédit est le vestige d'une époque où le caractère accessoire de la condition n'avait pas encore émergé pleinement à la vie

¹¹¹⁸ A. PERROT, « La vente à réméré de valeurs mobilières », *RTD com.* 1993. 1, spéc. n° 3-4.

¹¹¹⁹ *Ibid.* Égal. P.-Y. GAUTIER, « La vente à réméré est morte, vive la faculté de rachat pignorative ! », *RTD civ.* 2014. 668.

¹¹²⁰ Par ex. Cass. Civ. 3^e, 21 mai 2014, *Bull. civ.* III, n° 71. Le rachat n'est toutefois qu'une faculté. L'affaire « DG Bank » a illustré les inconvénients d'une telle pratique lorsque le bien vendu est susceptible d'une dépréciation de sa valeur, à l'image de titres sociaux. V. T. DE SAINT PRIEST, « Quelques leçons de l'affaire DG Bank », *Marchés et techniques financières – Haute Finance*, mai 1990, n° 12.

¹¹²¹ Par ex. Cass. Civ. 3^e, 2 fév. 2017, n° 15-14.225.

juridique »¹¹²². Pourtant, affirme-t-il, « la différence entre une convention dont les effets sont affectés d'une condition et celle octroyant une faculté de repentir est [...] irréductible. *Alors que la première est irrévocable, la spécificité de la seconde réside précisément dans sa révocabilité de principe* »¹¹²³. Pourquoi donc autoriser l'une et pas l'autre ? La rupture du lien contractuel n'est-elle pas un désengagement ? Un tel point de vue doit être tempéré. L'explication réside dans la nuance (subtile mais notable) entre un engagement artificiel (c'est-à-dire propre à être vidé de sa substance) et un engagement dont on peut se délier. L'engagement artificiel qui habite la condition potestative est prohibé parce qu'il contient dans son essence une contradiction — s'engager sans s'engager — et que les deux propositions sont concomitantes alors même qu'elles s'analysent comme des impossibles. Ce cas de figure consiste à obtenir pernicieusement l'engagement du cocontractant sans qu'il y ait réciprocité. En revanche, il existe dans le domaine des prérogatives de repentir un véritable échange de consentements, assorti d'un droit de regret ultérieur. Précisément, « pour se "dédire", il faut d'abord avoir "dit" »¹¹²⁴. Il s'agit dans le cas de la condition potestative de détourner les règles de création de la situation contractuelle tandis qu'en matière de prérogatives de repentir, le droit ne porte que sur le passage du caractère éventuel au caractère définitif du lien contractuel. Contrairement à la condition potestative, la prérogative de repentir n'a pas vocation à manipuler le consentement du sujet passif pour que ce dernier s'aliène en croyant (à tort) bénéficier de l'aliénation réciproque de son cocontractant. Le « désengagement » est tolérable dès lors qu'il existait, au moment de la création du contrat, un engagement intègre¹¹²⁵. De surcroît, la consécration du droit d'option implique l'admission des prérogatives de repentir. Le droit d'option permet de conférer à l'une des parties la puissance de rendre définitif le contrat formé. Les prérogatives de repentir permettent, elles, d'empêcher que ce passage s'opère. D'ailleurs, la vente à l'agréage confère le même droit de statuer sur le passage au caractère définitif du contrat formé.

¹¹²² M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 45, p. 36. Ce caractère accessoire de la condition se traduit alors comme « l'impossibilité pour la condition de remettre en cause l'existence même du lien contractuel » (*Ibid.* n° 38, p. 32).

¹¹²³ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 47, p. 38.

¹¹²⁴ C. HUMANN, « La spécificité de la clause de dédit », op. cit., spéc. n° 13.

¹¹²⁵ À cet égard, ce « désengagement » ne consiste pas tant dans le fait de « reprendre son consentement », idée qui semble contraire au principe du consentement, mais plutôt en une nouvelle manifestation de volonté à laquelle la loi accorde des effets. V. S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, op. cit., p. 2-3. En ce sens et sauf stipulation contraire, la nouvelle manifestation de volonté ne permet pas de revenir sur l'ensemble du contenu contractuel mais sur l'opération économique projetée, de sorte que les clauses qui n'ont pas vocation à permettre la réalisation de cette opération mais qui organisent la dissolution du contrat devraient conserver leur efficacité. V. sur les clauses de différends, *infra*, n° 503 et s.

246. **Vente à l'agréege.** La vente à l'agréege ou « vente à la dégustation » pose la même difficulté pour justifier sa validité. L'article 1587 du Code civil dispose que : « à l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ». La lettre de la disposition est toutefois trompeuse à maints égards. D'une part, les denrées alimentaires « que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat » ne sont pas les seules concernées par ce texte : aux côtés du vin et de l'huile peuvent entrer dans son champ d'application des marchandises aussi diverses qu'un vêtement sur mesure ou un cheval de course¹¹²⁶. D'autre part, la règle n'est pas impérative. Il s'agit simplement d'une présomption de volonté à laquelle les parties peuvent renoncer expressément ou tacitement¹¹²⁷. La qualification de l'agréege prête en outre à débat. Si le texte dispose qu'il « n'y a point de vente » tant que la dégustation n'a pas eu lieu, la disposition suivante relative à la vente à l'essai affirme que celle-ci est « toujours présumée faite sous condition suspensive ». On distingue traditionnellement la vente à l'agréege de la vente à l'essai sur le critère de la satisfaction de l'acquéreur. L'essai au sens de l'article 1588 du Code civil repose sur les qualités objectives de la chose¹¹²⁸ tandis que l'agréege est propre à l'appréciation subjective de l'acheteur¹¹²⁹. Il faudrait en déduire, par analogie avec l'article 1588 du Code civil, que la vente à l'agréege est elle aussi conclue sous condition suspensive. Cette condition est potestative au vu de la puissance octroyée à l'acheteur. À l'image de la vente à réméré, il semble pourtant que le but de l'agréege ne soit pas, pour l'acquéreur, de vider son engagement de sa substance afin d'annihiler la réciprocité que le consentement exige. Une autre qualification a été envisagée. La vente à l'agréege a été qualifiée de promesse unilatérale de vente, le contrat définitif ne se réalisant qu'après l'agréege par l'acquéreur¹¹³⁰. Par conséquent, l'agréege s'assimile à un droit d'option spécial, ce qui confirme *ipso facto* sa qualification en prérogative contractuelle ainsi que son admission dans le système juridique français.

¹¹²⁶ O. BARRET, « Vente : formation », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2007, actu. mai 2018, spéc. n° 106. En ce sens, l'appellation de vente à l'agréege paraît plus conforme à la réalité que celle de vente à la dégustation.

¹¹²⁷ Cass. Req. 29 mai 1905, *D.* 1905. I. 426. Par ex. Cass. Civ. I^{re}, 12 juil. 2007, *Bull. civ.* I, n° 273.

¹¹²⁸ Dès lors, quand il ressort de la volonté des parties que l'essai peut porter sur des qualités subjectives de la chose, le juge a le choix. Il peut opter pour la requalification de la vente en vente à l'agréege ou pour l'interprétation de la volonté commune des parties aux termes de laquelle une prérogative contractuelle d'essai, laissant une marge de manœuvre décisionnelle au *potentior*, serait stipulée en plus de l'essai objectif issu de la vente de l'article 1588 C. civ. V. aussi S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, loc. cit., n° 894, p. 498.

¹¹²⁹ O. BARRET, P. BRUN ; « Vente : formation — Existence du consentement », in *Répert. dr. civ.* Dalloz, oct. 2019 (actu. déc. 2019), n° 87 et 92.

¹¹³⁰ P. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 93.

247. **La permutabilité des rôles de débiteur et créancier.** D'autres hypothèses peuvent être examinées pour démontrer l'absurdité qu'il y aurait à retenir une large acception de la définition de la condition potestative posée par l'article 1304-2 du Code civil. Ainsi, par exemple, d'une clause de *bad leaver*, qui imposerait une obligation de cession de parts d'un actionnaire également gérant de la société dans le cas de sa démission¹¹³¹. La légitimité de la stipulation empêche d'y voir la recherche d'un consentement retenu de la part du gérant. La condition suspensive que serait la démission du gérant le rendrait *de facto* débiteur d'une obligation de cession de parts, sans pour autant que la décision dont elle relève permette arbitrairement d'échapper à son engagement. Pourtant, à suivre le législateur, cet engagement devrait être frappé de nullité car sa réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Bien qu'aucune jurisprudence n'ait tranché pareille question à notre connaissance, il y a fort à parier que les juges useraient d'un subterfuge pour faire échec à la sanction. En l'occurrence, la précision apportée par la nouvelle disposition par rapport à l'ancien article 1174 est bienvenue : s'il est possible d'identifier le gérant comme débiteur d'une obligation de cession, il est tout aussi correct de le désigner créancier d'une obligation de rachat. Ce changement de statut permettrait *de facto* d'écarter la qualification de condition potestative et, partant, la nullité du contrat de cession. La stipulation n'est pas vouée à contredire le consentement donné.

248. **Rejet d'une redéfinition du contrat atteint par une condition potestative pure.** La nullité de l'obligation *si voluero* et par conséquent du contrat qu'elle affecte selon l'article 1169 du Code civil, n'a pas toujours fait l'unanimité. Monsieur Dross plaide, par exemple, pour une requalification de la convention en promesse de contrat¹¹³². L'idée est ingénieuse, l'obligation potestative étant simplement transformée en droit potestatif. Le débiteur de l'obligation potestative devient bénéficiaire d'un droit d'option auquel le créancier serait soumis. Cette conception appelle toutefois certaines réserves, notamment au regard de la posture du créancier qui, sans l'avoir voulu, se retrouve promettant. En effet, la condition potestative dérange parce qu'elle s'affirme comme une forme de manipulation des

¹¹³¹ Dans une espèce proche de cette hypothèse, la Cour de cassation a jugé valide la promesse de vente des parts du gérant également associé de la société dans l'hypothèse de son licenciement. Ce dernier entendait résister à la réalisation forcée de la promesse en invoquant le caractère potestatif de la condition. La Cour réplique, au visa de l'article 1174 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, que « n'étant pas au pouvoir de celui qui s'obligeait [le gérant], la condition litigieuse tenant au licenciement ne pouvait entraîner la nullité de l'obligation » et partant de la promesse unilatérale de vente des parts sociales. Cass. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2017, n° 16-17.588 ; *Rev. soc.* 2018. 303, J. HEINICH.

¹¹³² W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *op. cit.*

termes du contrat au détriment de l'une des parties. L'objet de l'engagement du créancier – lequel se verrait requalifier en promettant – ne bénéficie pas d'une franche adhésion de la part de son auteur mais bien plutôt d'un contournement de ce qui semblait être sa volonté réelle. Ce serait à la faveur d'une terminologie hésitante dans la rédaction du contrat qu'une partie passerait d'un contrat définitif à un contrat éventuel par lequel elle serait seule obligée irrémédiablement. Si le droit d'option s'affirme comme une prérogative contractuelle valable, c'est toujours à condition qu'il ait été octroyé à son titulaire comme tel, et non comme une obligation maquillée. Le droit d'option, comme toute autre prérogative contractuelle, ne doit pas pouvoir exister dans le contrat par le biais du détournement d'une stipulation initiale. L'existence des prérogatives dans le contrat n'est admise que parce que les parties (à défaut du législateur) l'ont voulue et, en particulier, à condition que le sujet passif ait eu conscience du droit qu'il conférerait.

249. Conception stricte de la condition potestative prohibée. Le passage en revue des diverses techniques étudiées, ainsi que l'hypothèse des conditions « mixtes » ou « simplement potestatives » dont seule la mise en œuvre peut être sujette à sanction, permet de conclure à une acception stricte de la condition prohibée par l'article 1304-2. Elle n'est pas tant « celle dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur » que celle qui implique une absence d'aliénation du débiteur contradictoire avec le consentement. Finalement, la condition potestative n'est autre qu'un droit potestatif contractuel – c'est-à-dire une prérogative contractuelle – qui, au lieu de produire son effet sur une norme d'exécution du contrat, le produit sur une norme de création – le consentement. C'est ce qui justifie son interdiction. Rare en pratique, le rappel de sa prohibition dans la loi était néanmoins nécessaire¹¹³³, de même que les divers outils pour y échapper lorsqu'il ne ressort pas des termes du contrat qu'une partie aie entendu « ériger sa volonté en condition »¹¹³⁴. Le même constat s'établit à propos des clauses permettant de priver une obligation essentielle de sa substance.

¹¹³³ V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2017, n° 16-25.795 ; Cass. Civ. 13 oct. 1993, *Bull. civ.* III, n° 121 ; *RTD civ.* 1994. 606, J. MESTRE.

¹¹³⁴ Expression de G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, n° 774

b) L'interdiction de la prérogative qui prive de sa substance l'obligation essentielle du *potentior*

250. Présenté comme un substitut parmi d'autres de la cause¹¹³⁵, l'article 1170 du Code civil est destiné à garantir l'intégrité de l'engagement des parties en prohibant les clauses qui permettraient de le vider de son contenu *a posteriori*. Malgré des termes ésotériques rendant son interprétation ardue et son application largement inconnue, l'origine jurisprudentielle de la disposition renforce cette lecture. La Cour de cassation avait estimé que la clause limitative de responsabilité instituée par Chronopost dans ses contrats « contredisait la portée de l'engagement pris »¹¹³⁶. Une évolution malheureuse a ensuite remplacé la notion d'engagement par celle d'obligation essentielle dans la jurisprudence *Faurecia II*¹¹³⁷. Elle a été reprise par le législateur de 2016. Depuis, est réputée non écrite la clause qui « prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». Si les termes employés ont pu être largement critiqués pour le flou qui les entoure¹¹³⁸, l'attendu originel semble avoir conservé toute sa teneur. L'article 1170 du Code civil prohibe les stipulations contractuelles qui contredisent en profondeur (d'où la notion de substance employée dans la disposition) l'engagement d'une partie, de sorte que son cocontractant se retrouve en situation d'aliénation unilatérale. Le rapprochement avec la condition potestative est perceptible. Il s'agit, par deux mécanismes différents, d'aboutir à un même résultat : le bénéficiaire de la stipulation pourrait s'émanciper de son propre engagement tout en continuant à profiter de celui de son cocontractant. La féodalisation du contrat décrite par Madame Frison-Roche¹¹³⁹ se retrouve dans l'hypothèse de la clause limitative de responsabilité qui permet au transporteur d'échapper à sa part de l'opération (la livraison rapide) tout en conservant l'avantage du paiement d'un prix supérieur à une livraison classique. La réciprocité de l'aliénation issue de la création de la situation contractuelle ne doit pas être détournée au profit d'une seule des parties.

251. Prohibition des prérogatives contractuelles sur le fondement de l'article 1170 du Code civil. Si la disposition ne vise pas expressément les prérogatives

¹¹³⁵ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., V. « art. 1170 ».

¹¹³⁶ Cass. Com. 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261, loc. cit. Sur la validité de principe de la clause limitative de responsabilité, V. Cass. Civ. 24 janv. 1874, D. 1876.I.133.

¹¹³⁷ Cass. Com. 29 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 115, loc. cit.

¹¹³⁸ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit. et loc. cit., V. « art. 1170 ».

¹¹³⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », op. cit. et loc. cit., spéc. n° 26 et s., p. 29.

contractuelles, les clauses évoquées peuvent être présentées sous la forme d'un droit de décision. Ainsi, par exemple, de la stipulation que s'arrogerait Chronopost lui permettant de modifier à sa guise les délais de livraison de plusieurs jours voire plusieurs semaines. De même pour une clause résolutoire qui compterait, parmi les engagements dont l'inexécution peut donner lieu à sa mise en œuvre, des prestations limitant une obligation essentielle du *potentior*¹¹⁴⁰. D'autres illustrations peuvent être imaginées, comme la clause dans un contrat d'entreprise par laquelle un entrepreneur se réserverait le droit de ne réaliser qu'une partie des travaux auxquels il s'était engagé. L'article 1170, applicable au contrat de gré à gré, ne se confond pas avec l'article 1171 du Code civil : il ne s'agit pas de sanctionner une clause qui crée un déséquilibre significatif mais d'empêcher qu'un engagement soit rendu artificiel par le jeu de la stipulation, de sorte que l'engagement du cocontractant ne connaît plus de réciprocité. Seule l'appréciation casuistique des juges du fond permet alors d'évaluer, au regard de la clause, si l'engagement de son bénéficiaire se trouve privé ou largement amputé de sa consistance. Il ne s'agit donc pas non plus d'apprécier l'équivalence des prestations, question d'ailleurs réglée par l'article 1168 du Code civil. C'est en réalité le caractère pernicieux des clauses qui privent l'engagement de sa substance que l'article 1170 cherche à réparer. En effet, la sanction qu'il prévoit permet de rétablir l'intégrité du consentement initialement donné, peu important que les obligations réciproques des parties se valent. Ce faisant, un rapprochement avec les vices du consentement est permis : les juges auront en pratique à se demander si le créancier d'un débiteur désengagé « n'aurait pas contracté, ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes »¹¹⁴¹ si la portée de la clause avait été comprise par lui. En d'autres termes, il s'agit de sanctionner un déséquilibre qui n'aurait pas été réellement consenti comme tel mais organisé de façon détournée par l'une des parties au détriment de l'autre.

Les clauses visées par l'article 1170 ne doivent être sanctionnées qu'à condition d'être stipulées au bénéfice du débiteur. Si le coup de canif porté à l'engagement est l'œuvre du créancier, il faudrait *a priori* considérer que le contrat suit son cours selon la volonté des

¹¹⁴⁰ V. Cass. Civ. 3, 27 nov. 2013, n° 12-25.267 : en l'espèce, un contrat de bail commercial stipulait une clause résolutoire aux termes de laquelle le contrat pourrait être résolu par le bailleur si le locataire ouvrait son commerce le dimanche. Ce dernier faisait valoir une limitation à son droit de jouissance, obligation essentielle du bailleur. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que la limitation ne retreignait pas suffisamment le droit de jouissance du locataire pour en constituer une atteinte. *A contrario*, une clause résolutoire prévoyant une véritable limitation de l'obligation du bailleur de donner la libre jouissance au preneur aurait pu être sanctionnée au titre de la règle de l'article 1170 du Code civil.

¹¹⁴¹ V. art. 1130 C. civ.

parties sans que les règles de création de la situation contractuelle soient contournées. Pourtant, il est des cas où la modification de l'obligation essentielle du créancier influe sur celle du débiteur. Par exemple, la prérogative contractuelle permettant dans un contrat d'approvisionnement de faire varier le volume de commande implique une variation du prix à payer. Faudrait-il y voir la volonté pour le débiteur du prix d'amoindrir son engagement de sorte que la clause tomberait sous le coup de l'article 1170 du Code civil ? La réponse est négative pour au moins deux raisons. D'une part, cette disposition a, comme nous l'avons dit, vocation à empêcher une aliénation unilatérale or, dans l'hypothèse envisagée, les engagements réciproques des parties diminuent en même temps et proportionnellement. D'autre part, dans ce cas d'espèce, ce n'est pas la clause en elle-même qui poserait problème mais l'exercice qui pourrait en être fait. Madame Etienney-de Sainte Marie s'est interrogée sur ce point : « N'est-ce pas, en effet, l'exercice du droit potestatif bien davantage que l'existence même de la clause qui pourrait rendre la prestation dérisoire ? »¹¹⁴². Cependant, c'est sur le registre de la mauvaise foi contractuelle que doit être sanctionnée l'utilisation déloyale d'une clause ; la sanction de son existence porte sur un autre registre. Ainsi, la clause qui a pour objet de vider de sa substance l'engagement de son bénéficiaire doit être prohibée, et la clause dont un exercice aboutirait au même résultat sanctionnée sur le motif de la déloyauté¹¹⁴³.

L'article 1170 du Code civil est voué à empêcher que l'engagement d'une partie soit immédiatement contredit par une stipulation du contrat, rendant inacceptable le lien qui unit les parties. Comme pour la condition potestative, l'exigence de réciprocité des consentements est protégée de la créativité malheureuse de certains praticiens qui chercheraient à s'émanciper de leur engagement tout en bénéficiant de celui du cocontractant. L'hypothèse d'un engagement artificiel passe également par le biais de promesses vides, sans objet. À cet égard, la garantie de l'intégrité du consentement est assurée par la prohibition des clauses de détermination unilatérale de la prestation.

c) L'interdiction de la prérogative de détermination unilatérale de la prestation

¹¹⁴² A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, n° 25, p. 1318.

¹¹⁴³ V. *infra*, n° 396 et s.

252. Hypothèse d'une prérogative de détermination unilatérale de la prestation. Il est une disposition qui mérite réflexion. L'article 1163 pose l'exigence de déterminabilité de la prestation, laquelle peut être déduite du contrat « ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ». Combinée avec l'article 1128, 3° du Code civil, il faut en déduire que l'exigence de certitude du contenu du contrat fait référence aux prestations mises à la charge des parties. La théorie de l'objet est cette fois centrale sans pour autant dire son nom. Il est permis de s'interroger sur le champ d'application de la disposition : toute obligation prévue au contrat est-elle concernée ou seulement celles qui définissent le cœur de l'opération projetée, autrement dit les « obligations essentielles » ? Le débat reste à trancher. Quant à la sanction, l'article 1169 permet d'envisager la nullité du contrat dans sa globalité dès lors que celui-ci est synallagmatique¹¹⁴⁴.

Surtout, le texte est mystérieux concernant l'hypothèse d'une prérogative de détermination unilatérale de la prestation, puisque celle-ci pourrait techniquement se déduire du contrat. « Ce critère pourrait, en effet, être lu à la seule lumière de l'exigence structurelle formulée à la fin du texte : dès lors qu'il existe une clause de détermination unilatérale de la prestation, le contrat peut être exécuté sans qu'il soit besoin d'un nouvel accord des parties »¹¹⁴⁵. Dans cette conception, la déterminabilité subjective de la prestation serait valable. Par ailleurs, les articles 1164 et 1165 précédemment évoqués ne sont pas d'une grande aide. Certes, ils permettent d'exclure l'hypothèse d'une détermination unilatérale du prix dans d'autres situations que les contrats cadre et les contrats de prestation de service. Cependant, la réception de la détermination unilatérale du prix dans ces deux cas se justifie : ce prix est vu comme la contrepartie de la prestation caractéristique du contrat dont la détermination peut avoir du sens après son exécution. La lettre du texte présente donc une ambiguïté patente au regard de la validité d'une prérogative de détermination unilatérale de la prestation. Associée à la protection de l'intégrité du consentement toutefois, la disposition s'interprète comme l'interdiction d'une telle prérogative. En effet, dès lors que la prestation est caractéristique du contrat et en ce sens déterminante du consentement, sa détermination unilatérale est interdite, de même que si le prix est un élément essentiel du contrat, sa fixation unilatérale est prohibée.

¹¹⁴⁴ En ce sens, O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., V. « art. 1163 ».

¹¹⁴⁵ A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », op. cit., n° 20, p. 1316.

253. Contradiction avec la substance du consentement. L'exigence de « certitude » n'a pas varié avec la réforme : l'ancien article 1108 du Code civil la posait à propos de l'objet du contrat. C'est désormais l'article 1128 qui s'en charge, relativement au contenu du contrat. Il faut donc que les parties sachent ce à quoi elles s'engagent, sans quoi l'une des conditions originelles manquerait à la création du contrat. Ainsi présentée, la certitude paraît logiquement liée au consentement : tant au regard de la volonté qu'au vu de l'engagement, un consentement sans objet ne saurait être considéré. Une clause de détermination unilatérale de la prestation ne rend pas la prestation déterminable. Pour l'être, il faut que son objet soit délimité. En effet, la détermination subjective de la prestation s'apparente à un « consentement à l'aveugle », idée insensée au regard du principe même du consentement : pour vouloir, il faut que la volonté se porte sur un objet ; pour s'engager auprès d'autrui, il faut que la promesse ait une substance. L'hypothèse d'une détermination unilatérale de la prestation est alors irrecevable quelle que soit la partie qui en bénéficie¹¹⁴⁶. En effet, si la prérogative est accordée au débiteur, son engagement apparaît purement artificiel, dans la mesure où il est libre d'en déterminer l'objet. Comme la condition potestative et les clauses prohibées par l'article 1170, il faut en déduire une interdiction de principe, destinée à protéger le cocontractant d'une aliénation unilatérale. De même, on ne saurait concevoir une clause de détermination unilatérale de la prestation à la faveur du créancier. En effet, l'assujettissement auquel donne lieu une prérogative contractuelle valable n'est supportable que parce qu'elle est encadrée par une alternative de termes fixes ; or les obligations alternatives et facultatives existent pour cela. Leur objet est délimité *ab initio*. La décision du contractant intervient ensuite pour le préciser. Dans leur cas, l'aléa propre à la décision de la prestation finalement payée est objectivé, de sorte que son objet est toujours déterminable malgré l'incertitude qui entoure le choix du *potentior*. La potestativité devient ainsi tolérable. En revanche, la détermination unilatérale d'une prestation dont l'objet est inconnu doit être rejetée parce que l'assujettissement du débiteur s'apparente à une féodalisation. Ainsi, le consentement des parties inclut l'objet de leur engagement et suppose *a minima* une déterminabilité objective des prestations qui leur seront réclamées.

¹¹⁴⁶ Comp. en droit allemand, §315 *BGB* : « Si la prestation doit être déterminée par l'une des parties contractants, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que cette détermination doit être faite d'après une appréciation équitable. [...] Lorsque la détermination doit s'opérer d'après une appréciation équitable, la détermination effectuée ne lie l'autre partie que si elle est conforme à l'équité. Si elle n'est pas conforme à l'équité, elle est effectuée par jugement ». V. *Code civil allemand, Traduction commentée*, G. LARDEUX, R. LEGAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, Juriscope, Dalloz, 2010.

Les règles de création du contrat ont vocation à garantir l'intégrité du consentement des parties pour empêcher son dévoiement. De la sorte, les prérogatives qui pourraient matériellement l'altérer sont prohibées. L'hypothèse des prérogatives de contrôle du consentement doit, sur le même fondement, être écartée du champ des stipulations autorisées par le droit positif.

§2. Préservation du contrôle du consentement contractuel

254. La liberté contractuelle implique de considérer les interdits relatifs aux prérogatives contractuelles *de lege lata* mais également *de lege ferenda*. Dans une optique prospective, il apparaît pertinent de s'interroger sur des prérogatives qui donnent à un contractant la puissance de sanctionner la méconnaissance d'une règle de création du contrat. En particulier, l'hypothèse d'une prérogative de nullité du contrat peut être envisagée. C'est par l'étude des prérogatives de sanction (A) que sa prohibition pourra être affirmée (B).

A. Validité des prérogatives contractuelles de sanction

255. Les prérogatives de sanction renvoient aux droits, conférés aux contractants, de décider de la sanction consécutive à la violation d'une stipulation contractuelle¹¹⁴⁷. La sanction est non seulement déjudiciarisée, mais encore unilatérale. L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré certaines d'entre elles, suggérant qu'il n'existe pas de principe de prohibition des prérogatives de sanction. Leur validité doit être approuvée. Ce n'est qu'au prix de la mécompréhension du brocard « nul ne peut se faire justice à soi-même » que leur prohibition se défend (1). Par-delà leur admission en droit français, d'autres prérogatives de sanction passées sous silence par le législateur peuvent être envisagées (2).

1) Absence de prohibition générale

256. « **Nul ne peut se faire justice à soi-même** ». À l'image de la résolution unilatérale ou de la réduction unilatérale du prix, le législateur a entendu consacrer la catégorie des prérogatives contractuelles de sanction. L'article 1222 du Code civil confère un autre type de sanction unilatérale au créancier d'une obligation inexécutée, par le droit de

¹¹⁴⁷ Sur la notion d'inexécution, V. *infra*, n° 471 et s.

décider (sans autorisation préalable du juge) d'une exécution en nature, par un tiers au frais du débiteur sous réserve d'un délai et d'un coût raisonnables. Il n'existe donc pas de principe de prohibition des prérogatives contractuelles de sanction. Au premier abord, cependant, l'idée dérange ; c'est que l'adage selon lequel « nul ne peut se faire justice à soi-même » est profondément ancré¹¹⁴⁸. Madame Jaouen a établi que la défiance à l'égard de la sanction prononcée par les parties au contrat était attachée à la crainte de voir apparaître des comportements vengeurs. Formes de lois du Talion renouvelées, ils n'auraient plus grand lien avec l'idée de justice à l'époque contemporaine¹¹⁴⁹. Les plus grands philosophes, parmi lesquels Pufendorf, Locke, Rousseau, Spinoza, Kant et Montesquieu, ont affirmé que la justice privée caractérisait l'état de nature qui, par opposition à la construction de la société civile, renvoie à la sauvagerie primitive de l'individu¹¹⁵⁰. Finalement, la justice privée se personnifie en Caïn, « si pleinement convaincu que chacun est en droit de détruire et d'exterminer un coupable de cette nature, qu'après avoir tué son frère, il criait : Quiconque me trouvera, me tuera »¹¹⁵¹.

Pourtant, l'amalgame entre vengeance et justice privée a été dénoncé : la violence arbitraire véhiculée par la première est écartée quand il s'agit de la seconde¹¹⁵². La distinction réside dans la garantie du « droit au juge ». Ce droit ne signifie pas « la reconnaissance d'un monopole de la justice étatique sur le règlement des différends. Il implique seulement que l'État doive aménager un recours au juge en aval du processus de règlement. [...] La renonciation temporaire au juge est donc valable, pourvu qu'elle soit libre et non équivoque ce qui, en pratique, suppose la mise en place d'un système de contrôle efficace, ainsi qu'une limitation du champ d'application de ces procédés de règlement privé des différends »¹¹⁵³. Il faut conclure avec Madame Jaouen que l'adage est, d'une part, trompeur puisqu'il crée une confusion entre la vengeance et la justice. D'autre part, il est illusoire en ce qu'il insuffle l'idée d'un monopole de la justice étatique. D'ailleurs, la transaction était inscrite dès 1804 dans le Code Napoléon, Bigot de Préameneu affirmant que « de tous les moyens de mettre fin aux différends que font naître entre les hommes leurs rapports variés et multipliés à l'infini, le

¹¹⁴⁸ J. HILAIRE, *Adages et maximes du droit français*, op. cit., p. 138 : l'adage est déjà présent dans le Code de Justinien ; Égal. V. « Justice privée », D. ALLAND, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

¹¹⁴⁹ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, op. cit., n° 23 et s., p. 27 et s.

¹¹⁵⁰ V. « Justice privée », D. ALLAND, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit.

¹¹⁵¹ J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1690, trad. D. MAZEL, 1795, Chap. 1.

¹¹⁵² M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, op. cit., n° 43 et s., p. 47 et s. ; Adde A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, préf. R. DEMOGUE, thèse, Paris, 1926, spéc. p. 15 et s.

¹¹⁵³ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, op. cit., n°48, p. 52-53.

plus heureux de tous ses effets est la transaction, ce contrat par lequel sont terminées les contestations existantes ou par lequel on prévient les contestations à naître »¹¹⁵⁴.

257. La justice privée unilatérale. Parmi les processus de sanctions privées, la prérogative contractuelle présente les plus grands dangers. En effet, si les intérêts légitimes auxquelles répondent la résolution unilatérale ou la réduction unilatérale du prix ont été démontrés, il n'en demeure pas moins que la crainte d'injustice est démultipliée : il s'agit de conférer à l'une des parties au contrat la puissance de sanctionner le dommage qu'elle a subi. Le contractant n'est pas impartial, exigeance pourtant requise chez l'arbitre¹¹⁵⁵. En outre, son pouvoir n'est pas contrebalancé par celui du cocontractant ; c'est le propre du droit potestatif que d'imposer à celui qui le subit une passivité forcée¹¹⁵⁶. Il est frappant de constater que la résolution unilatérale occupe depuis longtemps une place de choix dans certains systèmes étrangers¹¹⁵⁷, à commencer par les droits allemand, suisse et italien, tous les trois berceaux de la notion de droit potestatif¹¹⁵⁸. En France, la généralisation de la résolution unilatérale est récente puisqu'elle résulte de la jurisprudence *Tocqueville*¹¹⁵⁹. Pourtant, l'affirmation de la validité de la clause résolutoire date du 2 juillet 1860¹¹⁶⁰ preuve s'il en est du rapport conflictuel que notre système entretient avec l'unilatéralisme contractuel.

258. Persistance du contrôle du juge. Monsieur Jamin voit dans cette dissonance la conséquence d'un conflit entre efficacité économique et moralisme¹¹⁶¹. Comme si l'une anéantissait l'autre *ipso facto*, de sorte que la généralisation de la sanction unilatérale par la réforme du droit des contrats annihilerait toute volonté de justice sociale et humaine. Pourtant,

¹¹⁵⁴ D'après M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *op. cit.*, n°36, p. 41 ; Adde P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, Paris Videcoq, 1836, p. 103.

¹¹⁵⁵ M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, préf. P. MAYER, avant-propos J.-D. BREDIN, LGDJ, 2001, par ex. n° 143 et s., p. 89 et s.

¹¹⁵⁶ V. *supra*, n° 50 et s.

¹¹⁵⁷ C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat », *op. cit.*, n° 5, p. 75.

¹¹⁵⁸ V. *supra*, n° 108 et s.

¹¹⁵⁹ Des textes spéciaux autorisent la résolution unilatérale du contrat depuis 1804, tels que l'article 1657 du Code civil en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, ou encore les articles 2003 et 2004 du même code pour le contrat de mandat de droit commun. Toutefois, c'est à la jurisprudence *Tocqueville* (Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300, *loc. cit.*) que l'on doit une ouverture, à tous les contractants en droit commun, du droit de résoudre unilatéralement le contrat.

¹¹⁶⁰ En ce sens, C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat », *op. cit.*, n° 14, p. 81. L'objectif d'efficacité économique de la réforme du droit des contrats est par ailleurs expressément affirmé, notamment en matière de prérogatives de sanction, par le Rapport au Président de la République dans son introduction (V. « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JORF* n°0035 du 11 fév. 2016, n° 25, *loc. cit.*)

¹¹⁶¹ V. C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat », *op. cit.*, n° 6, p. 76.

la vigueur que connaît aujourd'hui la loyauté contractuelle tranche sur la conception radicale de l'efficacité économique : « la redécouverte [de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat] constitue l'un des phénomènes les plus marquants du droit contemporain » affirme ainsi Monsieur Lokiec¹¹⁶². C'est que la conciliation de l'efficacité et du juste est non seulement possible mais aussi souhaitable, en ce qu'elle représente la seule voie à même d'aménager la justice privée. Comme le soutient Madame Jaouen, la prérogative de sanction n'est admissible que parce qu'elle reste sous le contrôle du juge étatique¹¹⁶³. Loin de l'écarter définitivement, les parties se contentent de déplacer l'intervention du juge et de la rendre éventuelle : certaine lorsque la prérogative de sanction est inexistante, celle-ci ne devient que possible dans le cas inverse. Elle se réduit alors à l'hypothèse de la considération par le sujet passif d'une mise en œuvre déloyale. En ce sens, un « remarquable glissement temporel »¹¹⁶⁴ est opéré. Le contrôle *a posteriori* du juge ne revient pas à le reléguer « à une place secondaire »¹¹⁶⁵ mais à déplacer son intervention. De la sorte, il n'est appelé au secours que lorsque c'est nécessaire, c'est-à-dire lorsqu'il existe un véritable conflit d'appréciation de l'inexécution ou d'opportunité de la sanction¹¹⁶⁶. Cette persistance du contrôle du juge justifie que le contractant ne soit ni impartial ni indépendant, exigences requises chez l'arbitre en matière de sanction privée. La convention d'arbitrage ou clause compromissoire¹¹⁶⁷ organise, en effet, la substitution du contrôle judiciaire étatique¹¹⁶⁸. Le juge est écarté au profit de l'arbitre, ce que la prérogative contractuelle de sanction ne fait pas. Partant, la prérogative de sanction s'annonce comme le résultat d'une articulation entre justice privée et étatique, entre efficacité et morale.

¹¹⁶² P. LOKIEC, « La mise en œuvre des clauses contractuelles, L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », *D.* 2009. 1427, spéc. p. 1429 ; Dans le même sens, D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *op. cit.*, n° 29, p. 306.

¹¹⁶³ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *op. cit.*, par ex. n°230, p. 189.

¹¹⁶⁴ V. D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *op. cit.*, spéc. n° 22, p. 303 : l'auteur fait usage de cette expression à propos de la fixation unilatérale du prix.

¹¹⁶⁵ P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patr.* 2014. 240.

¹¹⁶⁶ Comp. S. PELLE, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011. 1230 : cet auteur a pu défendre l'idée que la résolution unilatérale consacrée par la jurisprudence *Tocqueville* devait s'analyser comme un correctif d'équité conféré au contractant pour combler un vide juridique dès lors que la poursuite du contrat s'avérerait désavantageuse pour la partie qui subit l'inexécution. Cette analyse ne peut se maintenir dès lors que la résolution unilatérale, comme d'autres prérogatives de sanction, a été consacrée par le législateur. L'équité, selon Aristote, dispose en effet d'une fonction de correctif face à la loi : ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Vrin, 2007, Livre V, 14, §1137b. ; Adde N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999. 195, spéc. n° 13 et s.

¹¹⁶⁷ V. art. 2059 à 2016 C. civ.

¹¹⁶⁸ Art. 1448 al. 1^{er} C. pr. civ. : « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. »

2) Généralisation des prérogatives de sanction de l'inexécution

259. L'absence d'une prohibition de principe des prérogatives de sanction justifiée, il convient de traiter de l'étendue de leur champ d'application. La généralisation des prérogatives de sanction de l'inexécution dans la réforme du droit des contrats doit en premier lieu être relativisée. Toutes les sanctions énumérées à l'article 1217 du Code civil ne connaissent pas de traduction unilatérale dans les dispositions qui lui succèdent. C'est pourquoi il est permis de s'interroger sur le traitement qu'il faudrait réserver à l'inventivité des contractants sur ce point. Que dire, par exemple, d'une prérogative de fixation du montant des dommages-intérêts ? En dépit de l'inexistence de disposition impérative faisant échec à ce type de clause, il convient de vérifier son adéquation au principe de sanction privée ainsi qu'à la logique fonctionnelle de la prérogative contractuelle. À ce propos, l'absence de hiérarchie entre les différentes sanctions de l'inexécution évoque une équivalence entre chacune¹¹⁶⁹. L'élection de l'une d'entre elles (ou de plusieurs en cas de compatibilité) n'est que l'expression de la préférence du créancier selon ses propres intérêts¹¹⁷⁰. Par ailleurs, il n'existe pas d'arguments dirimants contre l'existence de la prérogative contractuelle dès lors qu'elle modifie une norme d'exécution du contrat pour les situations contractuelles conclues de gré à gré. Par conséquent, une généralisation des prérogatives de sanction semble envisageable. Il s'agit, en lieu et place des inconvénients d'une procédure judiciaire, « d'offrir au créancier des remèdes rapides et certains »¹¹⁷¹ lui permettant, sous l'égide de la loyauté contractuelle, d'assurer l'efficacité économique du contrat.

260. **Hypothèse d'une prérogative de sanction indemnitaire.** Contrairement à la clause pénale dont le montant est stipulé selon l'article 1231-5 du Code civil, la « prérogative de sanction indemnitaire » permettrait à son bénéficiaire (créancier d'une obligation inexécutée) d'établir lui-même le montant des réparations de l'inexécution. Ainsi, le créancier se substituerait au juge pour fixer le coût des préjudices réparables¹¹⁷².

¹¹⁶⁹ V. Art. 1217 C. civ. ; en ce sens, P. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 63.

¹¹⁷⁰ Par ex., G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, spéc. n° 633.

¹¹⁷¹ G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », *op. cit.*, spéc. p. 3.

¹¹⁷² V. Art. 1231-3 C. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou

Une distinction est parfois opérée en doctrine entre la clause pénale et la clause d'indemnisation forfaitaire : elle repose sur la dimension comminatoire de la première, à l'inverse de la seconde¹¹⁷³. Le critère de distinction renvoie à l'intérêt protégé par la stipulation : celui du créancier en matière de clause pénale dès lors que le montant prévu est supérieur au préjudice ; celui du débiteur pour la clause d'indemnisation forfaitaire dans le cas inverse¹¹⁷⁴. Cette dichotomie incite à s'interroger sur la dimension comminatoire de la prérogative de sanction indemnitaire : une telle stipulation énonce-t-elle une menace pour le sujet passif¹¹⁷⁵ ? L'absence de caractère forfaitaire dans la prérogative empêche, en réalité, l'autonomie de la peine par rapport au préjudice. En cela, la prérogative indemnitaire se distingue de la clause d'indemnisation forfaitaire et de la clause pénale¹¹⁷⁶. En raison de son essence décisionnelle, la prérogative de sanction indemnitaire verrait sa mise en œuvre rester sous contrôle judiciaire. Celui-ci serait alors fondé sur la loyauté contractuelle. De la sorte, le juge contrôlerait non seulement le constat de l'inexécution fait par le créancier mais, aussi, l'adéquation du montant des dommages-intérêts aux préjudices réparables. Certes, l'alinéa 2 de l'article 1231-5 du Code civil dispose également la possibilité pour le juge de moduler la pénalité si celle-ci est « manifestement excessive ou dérisoire ». De cette façon, la clause pénale et la clause d'indemnisation forfaitaire peuvent être modulées¹¹⁷⁷. Néanmoins, ces stipulations ne remplissent pas la même fonction : si les forfaits prévus préalablement par ces clauses ne peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire qu'en cas d'excès manifestes, c'est parce que les parties ont entendu établir contractuellement le montant des réparations avant la réalisation des dommages. À l'inverse, la prérogative de sanction indemnitaire a pour seul but

dolosive ». V. not. S. CARVAL, « Article 1231-3 : limitation de la responsabilité contractuelle au dommage prévu ou prévisible », *RDC* 2015. 791.

¹¹⁷³ Anc. art. 1226 C. civ. : la clause pénale est « celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution » ; Anc. art. 1152 al. 1 C. civ. : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre ». Sur le caractère comminatoire de la clause pénale fondé sur l'anc. art. 1226 C. civ. V. not. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, 1992, spéc. n° 93 et s., p. 62 et s. ; Adde M. VASSEUR, *D.* 1977. 262, spéc. n° 5, p. 265 qui la qualifie « d'arme de dissuasion ». Comp. depuis la réforme : D. MAZEAUD, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », *D.* 2016. 1628, spéc. n° 10 et s. ; P. GROSSER, « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et patr.* 2016. 70, spéc. p. 71 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, V. « art. 1231-5 ».

¹¹⁷⁴ V. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *op. cit.*, spéc. n° 170, p. 142, note 6 ; Adde P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 813.

¹¹⁷⁵ V. « Comminatoire », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹¹⁷⁶ V. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, spéc. n° 556 et s., p. 320 et s.

¹¹⁷⁷ Sur le débat relatif au pouvoir de révision judiciaire de la clause d'indemnisation forfaitaire (analysée en tant que clause de réparation indemnitaire de l'inexécution contractuelle dépourvue de fonction comminatoire), V. J.-S. BORGHETTI, « La qualification de la clause pénale », *RDC* 2008. 1171 ; D. MAZEAUD, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », *op. cit.*, spéc. n° 9. Le pouvoir modulateur du juge est désormais affirmé par l'article 1231-5 C. civ., la disposition ayant réuni les articles 1226 et 1152 du Code Napoléon.

d'éviter un recours systématique au juge : elle permet au créancier victime de l'inexécution de fixer lui-même, loyalement, le montant des réparations au vu du coût de l'inexécution. Juridiquement donc, cette prérogative n'est pas comminatoire par comparaison avec la clause pénale. Psychologiquement, en revanche, la prérogative de sanction indemnitaire suggère une menace. Celle-ci est, par ailleurs, bienvenue, en ce qu'elle minimise la tentation du débiteur de mettre en place une violation efficace du contrat. On peut, en effet, supposer que le débiteur aura à l'esprit la puissance conférée au créancier et l'éventualité d'une évaluation à la hausse des dommages-intérêts en pareil cas. Cette évaluation ne pourra être revue à la baisse que par le biais d'une procédure judiciaire. L'efficacité de l'inexécution s'en trouverait *de facto* minimiser. Ainsi, la prérogative de sanction indemnitaire a pour dessein d'éviter aux parties un recours systématique au juge en cas d'inexécution. Son contrôle *a priori* est par là même évincé au profit d'un contrôle *a posteriori* en cas de désaccord sur la mise en œuvre de la clause. Une telle stipulation paraît conforme à la fonction associée à la prérogative contractuelle, qui est de permettre la maîtrise de la situation contractuelle par son adaptation en cas de changements de circonstances, en l'occurrence intrinsèques à la personne du débiteur. L'admission d'une telle prérogative est donc recevable, dans la mesure où sa prohibition ne trouverait pas de justification.

Trois des cinq sanctions à l'inexécution énumérées à l'article 1217 du Code civil ont pu être transcrites en prérogatives contractuelles, ce à quoi s'ajoute l'article 1222 du même code ; l'énumération s'arrête ici. Outre l'hypothèse d'exécution par un tiers, l'exécution forcée en nature par le débiteur ne peut à l'évidence pas faire l'objet de la puissance décisionnelle d'une personne privée. L'astreinte est, elle aussi, réservée à la force publique¹¹⁷⁸. Quant à l'exception d'inexécution, il a été établi qu'elle ne pouvait être qualifiée de prérogative contractuelle. Les prérogatives de sanction reviennent donc à prévoir, quand la nature de la sanction le permet, que le juge ne sera pas saisi pour prononcer la sanction. Il ne peut intervenir qu'en aval, pour contrôler son exercice. Son intervention est éventuelle. Il faut, en effet, envisager de façon optimiste que, dans quantité de cas, le débiteur ne s'insurgera pas contre une mise en œuvre loyale de la prérogative. La conséquence principale de la généralisation de cette catégorie de prérogatives s'apparente à un renversement de la charge de la preuve dans le procès. Si le débiteur veut contester l'exercice de la prérogative, il lui revient d'agir en justice et de prouver la déloyauté. En pratique, il lui faudra rapporter la preuve de l'exécution de son

¹¹⁷⁸ L'astreinte s'apparente en effet à un mécanisme purement judiciaire. Il ressort de l'art. L. 131-1 C. pr. exéc. que ce mécanisme appartient au juge pour assurer l'exécution de sa décision. Elle ne pourrait donc pas faire l'objet d'une prérogative contractuelle, par définition extra-judiciaire.

obligation ou de la disproportion dans la réduction unilatérale du prix, dans l'évaluation du montant de la réparation par équivalent, ou dans le coût d'exécution par un tiers. Ainsi, la consécration de la prérogative contractuelle et sa généralisation pour modifier une règle d'exécution du contrat vaut également en cas de sanction de l'inexécution. Réciproquement, la prohibition des prérogatives contractuelles portant leur effet sur les normes de formation doit s'étendre à la sanction de leur méconnaissance.

B. Prohibition de la prérogative de nullité du contrat

261. L'extension des prérogatives de sanctions à l'hypothèse de la nullité unilatérale pose question. À ce sujet, il est permis de se demander, non pas pourquoi le législateur est allé aussi loin dans l'admission des prérogatives unilatérales de sanction, mais pourquoi il n'est pas allé plus loin¹¹⁷⁹. On sait que, depuis fort longtemps, le *BGB* allemand distingue la nullité de plein droit (*Nichtigkeit*) de l'annulabilité (*Anfechtbarkeit*). L'annulabilité est propre aux vices du consentement. Une simple déclaration de volonté de la victime du vice suffit pour que la nullité produise ses effets¹¹⁸⁰. L'un des principaux systèmes juridiques ayant joué un rôle fondateur dans l'admission de la potestativité contractuelle admet, donc, la validité d'une nullité unilatérale et extra-judiciaire dans certaines hypothèses limitativement énumérées¹¹⁸¹. En droit français, la nullité est principalement judiciaire. L'avènement de la théorie moderne des nullités a « vu son centre de gravité se déplacer de l'état de l'acte à l'action qui la sanctionne, suppose consacré le principe du caractère judiciaire de la nullité »¹¹⁸². Plus récemment, le législateur de la réforme du droit des contrats a entériné cet aspect en affirmant dans le nouvel article 1178 du Code civil que « la nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ». La nullité peut donc être conventionnelle.

¹¹⁷⁹ Dans le même sens, C. GRIMALDI, « En attendant la loi de ratification », *D.* 2016. 606 : « pourquoi ne pas avoir consacré la nullité par notification - en l'encadrant -, laquelle évite à une partie d'avoir à engager un contentieux long et coûteux, pour vaincre le désaccord de l'autre (art. 1178, al. 2 : « La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ») ? ».

¹¹⁸⁰ V. not. O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM, 1999, spéc. n° 34 et s., p. 46 et s.

¹¹⁸¹ Il s'agit de l'erreur, du dol, et de la violence : § 119 et § 123 *BGB*, V. *Code civil allemand, Traduction commentée*, op. cit. En revanche, l'illicéité de l'acte et sa contrariété aux bonnes mœurs relèvent de la nullité de plein droit. Cette nullité se rapproche davantage de l'inexistence dans la mesure où l'acte est considéré comme nul même en l'absence de toute contestation, judiciaire ou extrajudiciaire. Le juge doit la soulever d'office.

¹¹⁸² O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., n° 28, p. 43. V. aussi C. THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit., n° 348 et s., p. 205 et s.

262. Nullité conventionnelle. « Peu importe que la nullité soit relative ou absolue, les parties doivent pouvoir s'accorder sur la nullité qui entache leur contrat ou l'une de ses clauses. Elles participent ce faisant au rétablissement de la légalité transgressée »¹¹⁸³. Le droit français admet cette nullité « conventionnelle », laquelle n'est pas récente¹¹⁸⁴. Cette forme de nullité ne se confond pas avec le *mutuus dissensus* qui postule un contrat valable¹¹⁸⁵. C'est néanmoins par le biais d'un nouvel échange de consentements que celle-ci produira son effet. Si des concessions réciproques existent, cet accord est une transaction¹¹⁸⁶. Le fondement processuel de ce contrat particulier est exprimé à l'article 2052 du Code civil, qui lui attache l'autorité de la chose jugée en dernier ressort¹¹⁸⁷. Le mécanisme se distingue toutefois fortement d'une prérogative contractuelle conférant à son titulaire le droit de décider unilatéralement et extrajudiciairement de la nullité d'un contrat auquel il est partie.

263. Problématique de la prérogative de sanction de l'existence du contrat. Comme expliqué précédemment, les règles de création de la situation contractuelle assurent l'intégrité et la réalité du consentement, à l'exception des quelques normes affectées à la protection de l'ordre public au regard de la licéité de l'opération projetée. L'interdiction des prérogatives contractuelles de révision du consentement suppose l'interdiction des prérogatives contractuelles de sanction de l'absence ou du vice de consentement. Il semble étrange de conférer à une partie la puissance de décider de la nullité du contrat en se fondant sur la méconnaissance des règles destinées à protéger son propre consentement – ou pire, à protéger le consentement de son cocontractant. Il y aurait une contradiction à admettre la validité d'une telle stipulation contractuelle. Parce qu'elle confère une puissance décisionnelle

¹¹⁸³ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, op. cit., spéc. n° 111, p. 52.

¹¹⁸⁴ V. not. R. JAPIOT, *Des nullités en matières d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, Dijon, 1909, rééd. La Mémoire du droit, 2017, spéc. p. 487 ; O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., spéc. n° 157 et s., p. 113 et s. ; S. BECQUE-ICKOWICZ et S. CABRILLAC, « *Disputatio S. versus S.* : pour ou contre la nullité conventionnelle ? », in *Études en la mémoire de P. Neu-Leduc*, op. cit., p. 45.

¹¹⁸⁵ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, op. cit. et loc. cit., spéc. n° 111, p. 52. Adde O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., n° 157, p. 113 : « Aussi, la reconnaissance de la nullité ne saurait-elle correspondre au concept de *mutuus dissensus*, non seulement parce que ses effets sont différents mais, surtout, parce que la nullité sanctionne le défaut de l'une des conditions requises pour la validité d'un contrat, ce qui est éloigné du *mutuus dissensus* qui met fin à un contrat parfaitement valable ». V. aussi R. VATINET « Le *mutuus dissensus* », op. cit., spéc. n° 6, p. 255.

¹¹⁸⁶ En ce sens, S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, op. cit. et loc. cit., spéc. n° 111, p. 52.

¹¹⁸⁷ V. not. B. PONS, *Contrat de transaction, Solution transactionnelle*, Dalloz, 2014-2015, n° 112.41 et s. ; Égal. W. DROSS, « Effets du contrats de transaction entre les parties », in *La transaction, Propositions en vue de la réforme du Titre XV, Livre troisième du Code civil "Des transactions"*, dir. W. DROSS et B. MALLET-BRICOURT, La documentation Française, 2014, p. 171 : L'auteur propose de remplacer l'effet d'autorité de la chose jugée par une fin de non-recevoir.

à un contractant qui n'est évidemment pas impartial¹¹⁸⁸, son existence suppose que la validité de sa source, la situation contractuelle, soit indiscutable. Ainsi, seuls des consentements réels peuvent provoquer la naissance d'une situation contractuelle viable qui fonderait l'existence de prérogatives contractuelles valides. Il s'agirait, en outre, de fonder la puissance décisionnelle du *potentior* sur une situation contractuelle frappée de nullité. La force obligatoire qui justifie le caractère juridique de la décision prise dans l'exercice de la prérogative contractuelle disparaîtrait *de facto*. Certes, les juridictions n'ont pas hésité à consacrer l'autonomie de certaines clauses destinées à régir les rapports post-contractuels des parties malgré l'inefficacité du contrat, en particulier de la clause compromissoire¹¹⁸⁹. L'adage selon lequel « *Quod nullum est nullum producit effectum* »¹¹⁹⁰ ne peut donc être brandi sans contestation. Invoquer la nullité de la source (le contrat) du droit (la prérogative) pour justifier la prohibition dudit droit paraît un argument insuffisant. Théoriquement donc, il est imaginable de consacrer l'autonomie de la prérogative de nullité unilatérale, conférant force obligatoire à la décision prise dans son exercice. L'incohérence serait pourtant insurmontable. La clause compromissoire survit à la nullité du contrat qui lui donne naissance « au moins le temps de vérifier qu'elle n'est pas contaminée par cette affection »¹¹⁹¹. Cet aspect s'explique par l'effet produit par cette clause, qui soustrait simplement le litige au juge étatique pour le soumettre à un juge privé. Dans cette hypothèse donc, la nullité reste judiciairisée.

Bien sûr, ces arguments s'effondreraient dans l'hypothèse de la promulgation d'une nouvelle disposition légale autorisant les parties à prononcer unilatéralement la nullité du contrat au sein duquel elles s'inscrivent. Nous pensons, cependant, que le contrôle du consentement contractuel doit rester au seul pouvoir du juge.

264. Monopole du juge dans le contrôle du consentement. Comme toute prérogative venant modifier une règle de création de la situation contractuelle, l'hypothèse d'une prérogative de nullité unilatérale affecterait le consentement d'une contradiction

¹¹⁸⁸ V. M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, op. cit., n° 219, p. 137 : « L'impartialité est essentiellement définie de manière négative comme "le fait de ne pas être partial", ou encore d'être sans "parti-pris". Être "impartial" c'est peser "sans acception des choses ou des personnes les raisons pour ou contre" ». À l'évidence, une « partie » au contrat est nécessairement partielle, ainsi que l'insinue la concordance du champ lexical des deux termes.

¹¹⁸⁹ En droit interne : Cass. Civ. 2^e, 4 avr. 2002, *Bull. civ.* II, n° 68 ; D. 2003. 1117, L. DEGOS ; p. 2470, T. CLAY.

¹¹⁹⁰ « Ce qui est nul ne peut produire aucun effet », V. A. PIEDELIEVRE, « Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est nullum producit effectum" », in *Mélanges offerts à M. le Professeur P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 638, cité par O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, op. cit., n° 147, p. 108.

¹¹⁹¹ T. CLAY, D. 2003. 2470, loc. cit.

interne, inconciliable avec la figure contractuelle. Cette prérogative reviendrait à conférer à la partie qui invoque la transgression d'une règle censée assurer l'intégrité de son consentement l'examen de la réalité de celui-ci. La subjectivité inhérente au consentement empêche qu'une partie puisse l'évaluer, avec pour seul garde-fou l'examen de sa loyauté. Prononcer unilatéralement et par un processus extra-judiciaire la nullité du contrat, c'est encore risquer de porter atteinte aux consentements, qui constituent les fondations de l'édifice contractuel. La dimension judiciaire de la nullité en droit français ou *a minima* conventionnelle, s'explique par la nécessité d'un regard objectif sur une notion, le consentement, qui s'analyse comme éminemment subjective¹¹⁹². En dépit des choix du législateur allemand, il faut s'opposer à ce que la loi autorise le contractant à reprendre son consentement parce qu'il l'estime vicié. Il y a une différence entre se rétracter, parce qu'un droit permet un temps de réflexion avant que le contrat devienne définitif – ce qui est assumé et connu des deux parties – et annuler le contrat en arguant d'un consentement mal acquis. Le risque constant de voir le cocontractant revenir sur les prestations échangées par une simple déclaration de volonté fait obstacle à la stabilité contractuelle. En cela, une prérogative de nullité accordée par la loi à tous les contractants se présente comme un pas qu'il ne ferait pas bon de franchir. Il faut admettre, cependant, que l'existence de cette prérogative dans un système juridique efficient diminue la force de ces arguments. Le législateur français, à l'instar de son homologue allemand, pourrait être tenté de l'imiter. Ce faisant, c'est surtout la clause de nullité unilatérale stipulée par les parties qui s'avère interdite sans présumer de ce que la loi disposera lors d'une prochaine réforme. Il convient alors de s'interroger sur la sanction que se verrait accorder une telle stipulation.

§3. Sanctions des prérogatives prohibées

265. La détermination de la sanction adéquate des prérogatives contractuelles prohibées suppose l'étude des différentes sanctions utilisées par le législateur en la matière. Un rapide coup d'œil aux articles 1163, 1170 et 1304-2 du Code civil révèle la dissemblance dont elles font l'objet. Réputé non écrit et nullité sont les deux sanctions qui concourent à purger le contrat du vice qui l'affecte (A). Leur analyse démontre la nécessité de cette diversité, de sorte que nullité et réputé non écrit s'avèrent utiles à la réglementation de l'existence des

¹¹⁹² *Contra* V. J.-F. HAMELIN, « Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA* 9 déc. 2014, p. 4 ; N. RANDOUX, « La nullité par notification : l'invité de dernière minute à la réforme du droit des contrats ? », *Defrénois* 2016, n° 123rl, p. 666 : l'auteur plaide spécifiquement pour l'introduction de la nullité unilatérale dans les avant-contrats ; C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016. 454.

prérogatives contractuelles. La nullité doit être utilisée lorsque le contrat ne peut survivre à l'amputation de la prérogative litigieuse. Le réputé non écrit permet d'ôter d'un contrat valable une prérogative interdite (B).

A. Distinction du réputé non écrit et de la nullité

266. Réputé non écrit et nullité. Le réputé non écrit n'est plus l'apanage des droits spéciaux, la réforme ayant contribué à son institution en droit commun des contrats¹¹⁹³. Décrite comme un mode de sauvetage du contrat, la sanction du réputé non écrit consiste à priver le contenu contractuel d'une clause, à gommer son existence afin de purger l'ensemble¹¹⁹⁴. Elle est souvent associée à la nullité, et plus encore à la nullité partielle. Néanmoins, des auteurs ont démontré la fausseté de ce rapprochement : si toutes deux ont vocation à permettre la survie du contrat, il s'agit en matière de nullité partielle d'une détermination de son étendue au regard du caractère déterminant ou non de la clause. Au contraire, le maintien de l'acte est de l'essence du réputé non écrit¹¹⁹⁵. Le nouvel article 1184 du Code civil confirme ce constat¹¹⁹⁶. Le réputé non écrit est une fiction. « Toute apparence étant déniée à la clause réputée non écrite, celle-ci est placée hors de l'aire contractuelle. Les parties n'ont réalisé aucune déclaration de volonté à son propos. C'est ici que le mensonge établi par la fiction légale prend tout son éclat : jamais les contractants ne pourront prétendre avoir eu l'intention, à quelque moment que ce soit, d'intégrer la stipulation dans leur accord »¹¹⁹⁷. La technique de la nullité suppose, pour sa part, une existence préalable : « la violation de l'ordre public est

¹¹⁹³ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 439 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., V. « Art. 1170 ».

¹¹⁹⁴ V. not. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, op. cit.

¹¹⁹⁵ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, op. cit., n° 104 et s., p. 58 et s. ; Adde P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ, 1969, spéc. n° 283, p. 345 : « Le seul problème qui doit être examiné est de savoir si la clause litigieuse a été impulsive et déterminante pour la partie qui demande la nullité totale du contrat ». V. toutefois, G. CATTALANO-CLOAREC, « Pas de réputé non écrit sans texte ? », *RDC* 2018. 130 : l'auteur estime à l'étude du droit positif que l'autonomie de la sanction du réputé non écrit par rapport à la nullité n'est pas avérée.

¹¹⁹⁶ C. civ., art. 1184 : « Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien ».

¹¹⁹⁷ J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993. 59, spéc. p. 61 ; V. égal. R. BAILLOD, « À propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p. 15, spéc. p. 21 ; Cass. Civ. 3^e, 2 déc. 1987, n° 86-10.793 ou Cass. Civ. 3^e, 9 mars 1988, n° 86-17.869.

apparente et l'annulation est l'arme qui permettra de détruire cette apparence »¹¹⁹⁸. Ensuite, la sanction du réputé non écrit opère de plein droit. Elle se distingue du caractère judiciaire de la nullité¹¹⁹⁹. La sanction attachée à l'article 1170 a vocation à « restaurer la “contrepartie nécessaire” »¹²⁰⁰ c'est-à-dire à « restaurer au contrat son utilité attendue »¹²⁰¹. Contrairement à la nullité, la sanction du réputé non écrit est, en outre, imprescriptible¹²⁰². Si des désaccords existent sur la nécessité d'une action en justice pour faire reconnaître la clause réputée non écrite – qui rend la question de la prescription obsolète si l'on opte pour une réponse négative¹²⁰³ – ; il n'en demeure pas moins que la stipulation en cause n'acquiert jamais force obligatoire. Outre ces différences techniques, la distinction entre nullité et réputé non écrit prend toute son ampleur si l'on raisonne sur la condition potestative : tandis que l'article 1304-2 du Code civil prévoit la nullité de l'obligation contractée sous condition potestative. Le réputé non écrit aurait pour effet de supprimer du champ contractuel la seule prérogative litigieuse c'est-à-dire la condition potestative, rendant ainsi l'obligation pure et simple. La nullité s'étend à tout le contrat dans les limites de l'article 1169 du Code civil. Le résultat serait donc radicalement opposé. À l'instar de l'article 1170 du même code, le choix du réputé non écrit permettrait donc d'éradiquer du contenu contractuel une prérogative ayant vocation à contourner l'exigence impérative d'intégrité du consentement contractuel, tout en préservant la situation contractuelle.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹⁹ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, *op. cit.*, n° 129 et s., p. 72 et s.

¹²⁰⁰ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 447, cité par G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit. et loc. cit.*, n° 439

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² V. not. Cass. Civ. 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17, 23-169, PB : « attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale ». Pour une démonstration de l'imprescriptibilité de l'action en constat du réputé non écrit au fil des jurisprudences de la Cour de cassation, particulièrement en droit de la copropriété, V. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, *op. cit.*, n° 234, p. 123. V. toutefois G. CATTALANO-CLOAREC, « Pas de réputé non écrit sans texte ? », *op. cit.*, spéc. p. 132-133 : l'auteur révèle les incertitudes de la jurisprudence en la matière.

¹²⁰³ V. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, *op. cit.*, n° 231 et s., p. 122 et s., spéc. n° 239 qui affirme la nécessité d'une action tendant au constat du réputé non écrit pas le juge. Comp. J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *op. cit.*, spéc. p. 63 : « en quelque sorte, la clause réputée non écrite est transparente lorsqu'il s'agit d'apprécier la prescription de l'action. Il est donc difficile de parler d'imprescriptibilité à propos de l'action visant à faire déclarer non écrite une clause puisque cette action n'a pas de raison d'être ». En ce sens, seules les actions en restitution, lorsque la clause litigieuse a été exécutée, seraient nécessaires (mais prescriptibles).

B. Choix des sanctions

267. **Nullité de la prérogative de détermination de la prestation.** Lorsque le contrat ne peut survivre à l'amputation de la prérogative, la nullité est inévitable. C'est le cas pour la prérogative de détermination de la prestation, en raison de la carence de palliatifs à cette indétermination. Si l'une des parties consent à s'engager sans que son engagement ait un objet déterminé ou déterminable, il n'est pas d'autres solutions que de frapper le contrat de nullité. Le réputé non écrit confinerait à l'absurde. La survie du contrat ne serait pas possible même purgé de la prérogative litigieuse, or le maintien de l'acte a été décrit comme l'essence même du réputé non écrit¹²⁰⁴. En effet, supprimer la prérogative qui confère à son titulaire le droit de décider de la prestation dont il est débiteur aurait pour conséquence de faire survivre une obligation contractuelle sans prestation, un lien de droit sans objet. Il faudrait par exemple imaginer le cas d'école d'un contrat au sein duquel *Primus* s'est engagé à payer une certaine somme à *Secodus*, en échange de quoi *Secodus* se fait débiteur de *Primus*. La dette de *Secodus* est laissée à sa seule décision par une clause qui lui permet de choisir de faire, de ne pas faire ou de donner quelque chose selon son bon vouloir. On voit que réputer non écrite cette stipulation ne sauverait pas le contrat du travers qui l'affecte. De ce fait, la nullité de l'obligation dont la prestation n'est pas déterminable est la sanction adéquate et doit s'appliquer au contrat dans sa globalité en vertu de l'article 1169 du Code civil.

268. **La sanction du réputé non écrit pour les autres prérogatives.** La prérogative de détermination unilatérale de la prestation constitue une exception. Sa stipulation doit être sanctionnée par la nullité de l'obligation à laquelle elle se rapporte, faute de sanctions alternatives opportunes. En revanche, les autres prérogatives contractuelles qui heurtent les règles impératives de création de la situation contractuelle doivent pouvoir être sanctionnées par le réputé non écrit. Ce serait le cas, par exemple, des prérogatives sanctionnées sur le fondement de l'article 1170 du Code civil. La prérogative de nullité unilatérale devrait suivre ce régime.

Le maintien de la situation contractuelle s'impose comme une solution évidente dans l'hypothèse de la sanction d'une prérogative de nullité unilatérale. Certes, une nullité partielle de cette seule clause serait envisageable. Le propre du réputé non écrit est, cependant,

¹²⁰⁴ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, op. cit. et loc. cit., n° 106, p. 59.

d'établir une fiction aux termes de laquelle les contractants n'ont jamais entendu introduire dans le champ contractuel la stipulation en cause. L'idée est conforme à la prohibition de cette prérogative. Par ailleurs, l'automatisme du réputé non écrit éviterait en pratique les restitutions en cascade qu'engendrerait la sanction de la nullité. Le titulaire de la prérogative de nullité pourrait tenter de la mettre en œuvre et exiger que se joue le jeu des restitutions, avant qu'un juge ne sanctionne cette prérogative par une nullité provoquant de ce fait une rétrocession des restitutions. Au contraire, le choix du réputé non écrit comme sanction de la stipulation de la prérogative de nullité unilatérale éviterait cette situation ubuesque. Il permettrait au sujet passif de faire produire son effet au réputé non écrit au moment où le *potentior* voudrait la mettre en œuvre.

269. Le cas particulier de la condition potestative. La nullité de l'obligation affectée d'une condition potestative n'est plus à détailler : l'obligation *si voluero* n'a pas fait l'objet d'un consentement réel et, la plupart du temps, entraîne dans son sillage la nullité intégrale du contrat. La nullité de l'obligation potestative ne va pourtant pas de soi. Le jansénisme de Domat et Pothier paraît avoir imprégné l'ancien article 1174 du Code civil, dont la sanction a perduré avec l'avènement du nouveau Code civil. En effet, la nullité de l'obligation du débiteur – et souvent du contrat dans lequel elle s'inscrit – s'explique par la primauté de la volonté réelle du débiteur sur sa volonté apparente. Ainsi, l'obligation potestative introduit une faille dans le consentement du débiteur parce que celui-ci comporte une contradiction intrinsèque. Par conséquent, le contrat ne peut pas exister malgré la croyance légitime du créancier à cet égard. L'ajout du nouvel article 1304-2 du Code civil aux termes duquel la nullité « ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause » conforte cette explication. Il s'agit de lire dans l'exécution volontaire du débiteur une confirmation de son propre consentement, lequel devient par là certain et rend le contrat valable¹²⁰⁵. La nullité fait donc figure de preuve de la sanctification de la volonté réelle par opposition à la volonté apparente.

À l'inverse, on pouvait voir dans la condition potestative une manipulation du débiteur qui revient insidieusement sur le consentement octroyé. Il aurait été possible de sanctionner la condition potestative par le réputé non écrit, à l'instar de la clause qui prive de sa substance

¹²⁰⁵ À cet égard, l'article 1182 C. civ. pouvait suffire à emporter les mêmes effets.

une obligation essentielle. De la sorte, l'obligation serait immédiatement réputée pure et simple selon un fonctionnement proche de celui de l'article 1304-3 du Code civil et la sanction bénéficierait à la partie qui a consenti sans réserve, croyant conclure un contrat définitivement formé. Dès lors qu'une stricte conception de la notion de condition potestative est retenue, on voit mal pourquoi différencier sa sanction de celle des clauses visées par l'article 1170. Bien que la sanction du réputé non écrit fasse primer la volonté apparente du débiteur sur sa volonté réelle, elle présente l'avantage de ne pas faire bénéficier ce dernier d'un résultat qui lui reste favorable. Dans ce débat, deux conceptions s'opposent. La conception janséniste du contrat fait primer la volonté réelle sur la volonté apparente et aux intérêts du cocontractant floué. La conception comminatoire aurait vocation, pour reprendre les mots de Ripert, à « décourager l'infraction à la loi en la rendant inutile »¹²⁰⁶.

270. Conclusion de la section. Les règles de création de la situation contractuelle fondent l'existence de celle-ci et par extension la force obligatoire des règles d'exécution qui en découlent. Au cœur des règles de formation du contrat réside l'intégrité du consentement. Le corpus de règles de création de la situation contractuelle vise à permettre l'élaboration de fondations solides pour garantir une situation contractuelle viable. Pour cette raison, la modification unilatérale d'une norme de création est prohibée. Elle entraînerait l'effondrement de la notion même de contrat. C'est que la modification consiste en une discordance avec ce qui a été originellement fixé ; or contredire le consentement revient à priver la situation contractuelle de toute existence réelle. Il en va ainsi toutes les fois que le consentement donné est conjugué à un impossible. La condition potestative suspensive convoque cette idée, de même que les prérogatives qui permettent au *potentior* de priver de sa substance l'obligation dont il est débiteur. La détermination unilatérale de la prestation essentielle répond du même interdit. Ainsi, la prérogative contractuelle doit être prohibée lorsqu'elle a pour effet de contourner les normes impératives destinées à asseoir l'existence du contrat. Le traditionnel principe d'immutabilité s'avère donc impératif au seul stade de la création du contrat. Le consentement est irrévocable. Aucune prérogative contractuelle ne peut permettre son « adaptation ». Ce n'est qu'une fois qu'il est acquis que le devenir du contrat est au pouvoir des parties.

¹²⁰⁶ G. RIPERT, « Ordre économique et contrats », in *Mélanges Gény*, t. II, 1935, Sirey, p. 347.

Un autre type de prohibition doit être observée. Il est fondé sur l'absence de consentement au profit de l'adhésion d'une des parties.

Section 2. L'exploitation de l'adhésion

271. Aux côtés des prérogatives contractuelles prohibées en raison de la modification qu'elles permettent à leur titulaire, existent des prérogatives frappées d'une autre interdiction. Cette interdiction repose sur les situations contractuelles dans lesquelles les prérogatives sont stipulées. La prohibition du déséquilibre significatif s'impose comme fil d'Ariane pour les appréhender. Les contrats de consommation sont les premiers concernés¹²⁰⁷. Les contrats d'adhésion de droit commun connaissent un régime analogue¹²⁰⁸. Il s'agit également des contrats conclus entre professionnels soumis à l'article L. 442-1 du Code de commerce¹²⁰⁹. Ces situations font toutes l'objet d'un régime particulier d'admission des prérogatives contractuelles. Partant, il importe d'expliquer la spécificité du déséquilibre en jeu. Il n'est plus à démontrer que le discours égalitaire entre les contractants n'était qu'une fable : aucune relation ne peut être conçue comme un lieu de parfait équilibre entre les parties en présence. Comment expliquer, alors, qu'une même prérogative soit valide dans un contrat et prohibée dans un autre ?

Certains rapports sont marqués par une asymétrie telle que le droit positif les identifie et fait obstacle à sa traduction juridique. Cette traduction juridique passe par l'exclusion de l'une des parties au profit de l'autre lors de l'élaboration du contrat. La partie faible souscrit au contrat

¹²⁰⁷ Art. L. 212-1 C. conso.

¹²⁰⁸ Art. 1171 C. civ.

¹²⁰⁹ Anc. art. L. 442-6 C. com., réformé par l'Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019. Le déséquilibre significatif est relatif à des « obligations » dans la disposition (art. L. 442-1, I, 2°) ce qui devrait en théorie exclure les prérogatives contractuelles de son champ d'application. Néanmoins, il ne fait aucun doute que l'ensemble des stipulations est visé par ce contrôle, y compris celles qui n'ont pas d'effet obligationnel. Ont été jugées abusives sur ce fondement les clauses de retour d'invendus (CA Paris, 4 juil. 2013, n° 12-07651), les clauses de révision des prix dissymétriques (CA Paris, 11 sept. 2013, n° 11-17941), les clauses faisant prévaloir les conditions générales d'achat sur les conditions générales de vente (CA Paris, 18 déc. 2013, n° 12-00150), ou encore les clauses de résiliation unilatérale sans préavis ni indemnisation en cas de sous-performance d'un produit (CA Paris, 20 nov. 2013, n° 12-04791). D'après M. PEDAMONT et H. KENFACK, *Droit commercial*, Dalloz, 2015, spéc. n° 642. Du même avis, M. CHAGNY, « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD com.* 2013. 500 : « En fin de compte, peut-être pourrait-on entendre, de façon générique, le déséquilibre significatif comme “un avantage manifestement disproportionné au regard de ce dont bénéficie l'autre partie”, précision étant faite que cet “avantage peut résulter d'une stipulation isolée ou d'un ensemble de clauses, être d'ordre financier ou consister notamment dans l'octroi d'un pouvoir unilatéral discrétionnaire, la privation d'un droit, le transfert d'une obligation, une sanction disproportionnée au manquement ou, à l'inverse, l'absence de toute sanction” » ; Égal. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce », *RDC* 2009. 1258, spéc. n° 2. F. BUY, « La modification unilatérale à l'épreuve des pratiques commerciales déloyales », *AJ contrat* 2020. 271.

voulu par la partie forte sans participer à sa conception. Elle y adhère plus qu'elle y consent. La particularité de ces situations réside dans l'état de puissance dont l'un des contractants peut profiter au détriment de l'autre au moment de formuler les clauses du contrat. La stipulation de prérogatives contractuelles à l'avantage de la partie forte en devient suspecte, le sujet passif n'étant plus à même de défendre ses intérêts (§1). Pour autant, la suspicion ne suffit pas à interdire. La diversité des modifications engendrées par les prérogatives incite à s'interroger : toute prérogative contractuelle crée-t-elle un déséquilibre significatif ? À l'étude, il ressort que le degré d'assujettissement provoqué chez le sujet passif fluctue selon le type de modifications produit par la prérogative. En outre, le besoin d'adapter le contrat perdure dans les situations d'adhésion. Ces éléments influent sur le constat d'un déséquilibre significatif. L'interdiction des prérogatives dans ce contexte doit être conjuguée à la fonction qu'elles remplissent pour toutes les parties. L'intensité de la prohibition des prérogatives dans les situations d'adhésion est ainsi variable et les exceptions de validité dissemblables (§2).

§1. Les situations d'adhésion

272. Aucune relation n'est épargnée par les rapports de pouvoirs. Pourtant, certaines situations contractuelles font l'objet d'un traitement spécifique par le droit positif. En particulier, la validité des stipulations répond à des conditions plus strictes. On peut s'interroger sur les raisons de ce régime distinctif. L'étude des contrats concernés par cette interdiction montre que ces situations sont animées d'une inégalité particulière. Elles procèdent d'un pouvoir factuel – ou « méta-juridique »¹²¹⁰ – dont il résulte une adhésion plutôt qu'un consentement. L'adhésion, comme le consentement, est un acte de volonté. Néanmoins, l'adhésion entérine la prééminence qu'une partie a sur l'autre. Tandis que le consentement d'un contractant trouve son reflet dans le consentement du cocontractant, l'adhésion se conçoit comme l'acquiescement à l'autorité d'autrui. C'est une soumission à la volonté du cocontractant plutôt qu'une rencontre de volontés qui a lieu. Ce faisant, la conception du contrat comme création issue de la rencontre des volontés est attaquée. La légitimité des stipulations ne peut pas être présumée, ce pourquoi la méfiance à l'endroit des prérogatives dont la partie forte bénéficie se justifie (A). Édifier et appliquer ce régime spécifique supposent de discerner les situations qui répondent au mécanisme de l'adhésion. Des critères peuvent être établis, sur le fondement de l'article 1110 du Code civil. L'adhésion suppose

¹²¹⁰ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. 79 : « Toutes les données de la vie sociale sont « méta-juridiques » ; elles sont étrangères au droit ».

d'être exclu de l'élaboration des clauses contractuelles. De la sorte, la partie faible n'est pas en mesure de défendre ses intérêts dans le contrat. Bien que ce critère n'apparaisse avec clarté que pour la sanction des clauses abusives dans le droit commun, il constitue en réalité la matrice de toutes les formes de prohibition du déséquilibre significatif¹²¹¹ (B).

A. Le phénomène de l'adhésion

273. L'asymétrie de puissance à l'origine de l'adhésion est *ante* contractuelle ; elle précède le projet contractuel et s'instaure comme prérequis des relations à venir (1). Cette asymétrie se traduit juridiquement par le mécanisme de l'adhésion, qui ne s'assimile pas à un consentement (2).

1) *Un déséquilibre factuel préalable*

274. Le déséquilibre factuel est le résultat de la puissance qu'une personne exerce sur une autre bien que l'ordre juridique ne la lui ait pas attribuée. Il s'oppose en ce sens aux pouvoirs juridiques et aux prérogatives contractuelles, tous deux octroyés et légitimés par le droit. La puissance conférée par la prérogative contractuelle résulte de la reconnaissance d'un intérêt légitime par le droit positif lorsqu'elle n'est pas prohibée, et par le sujet passif lorsque celui-ci consent à l'introduire dans le contenu contractuel. À l'inverse, la puissance factuelle observée dans les rapports déséquilibrés est la conséquence d'une supériorité qui peut avoir plusieurs sources, souvent cumulées.

275. **Inégalité de connaissance.** Le déséquilibre peut résulter d'une supériorité propre à la connaissance, que Monsieur Lokiec nomme « pouvoir-savoir »¹²¹². Il s'agit, selon cet auteur, de la détention potentielle ou réelle d'une information et, plus généralement, d'une compétence ou d'une compréhension prépondérante par comparaison à celle du cocontractant.

¹²¹¹ Rappr. D. MAZEAUD (dialogue avec T. GENICON), « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012. 276 : « Le droit de la consommation n'a pas le monopole des faibles et de l'abus. Il est, par conséquent, légitime que les mêmes causes provoquent les mêmes effets, que les mêmes clauses provoquent les mêmes sanctions ». Comp. R. BOFFA, « Juste cause (et injustes clauses) », *D.* 2015. 335, n° 17 et s.

¹²¹² V. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, *op. cit.*, n° 37 et s. p. 28 et s. ; V. égal. O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, *op. cit.*, n° 4, p. 5. J.-L. AUBERT, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco-belges*, dir. J. GHESTIN et M. FONTAINE, LGDJ, 1996, p. 160, spéc. n° 9, p. 169.

Si « chacun doit s'informer sur les faits de nature à l'intéresser »¹²¹³, le critère de l'asymétrie réside, selon Madame Fabre-Magnan, dans le coût d'accès à l'information, nettement supérieur pour l'un des contractants par rapport à l'autre¹²¹⁴. Des techniques destinées à lutter contre l'asymétrie de savoir ont été développées et généralisées, comme le devoir d'information¹²¹⁵, mais elles sont insuffisantes. Le pouvoir-savoir ne se limite pas à la seule détention d'une information. Dès lors, le déséquilibre devient « plus difficile à contrôler car si une information peut faire l'objet d'un transfert, il n'en va pas de même de la compétence »¹²¹⁶. La complexité et la longueur de certains contrats permettent à la partie forte d'asseoir davantage sa supériorité. Le cocontractant « ne peut pas en mesurer de façon aussi profonde que [lui] tous les méandres et toutes les subtilités »¹²¹⁷. L'état d'ignorance d'une partie par rapport à l'autre s'inscrit aussi dans les rapports entre professionnels. L'asymétrie d'informations est une question récurrente dans les analyses économiques du droit¹²¹⁸. La connaissance de la linguistique juridique participe également de cette inégalité¹²¹⁹. La compréhension limitée du contenu contractuel par la partie faible génère sa vulnérabilité. Ainsi, le pouvoir-savoir « se traduit le plus souvent non par une action positive mais plutôt par une action d'influence sur la volonté d'autrui »¹²²⁰.

276. Inégalité économique. Le déséquilibre peut avoir pour source une inégalité d'ordre économique, un « pouvoir de marché »¹²²¹. Diffuse, cette inégalité est décrite comme une « domination sur le marché de l'un des partenaires [...] qui lui permet d'imposer au plus faible les termes mêmes du contrat »¹²²². La partie faible est celle qui contracte avec un

¹²¹³ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, op. cit., spéc. n° 273, p. 215.

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁵ Par ex. Art. 1112-1 C. civ.

¹²¹⁶ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., n° 41, p. 32. L'hypothèse est prégnante en droit de la consommation : « plus encore qu'une information, c'est une compétence que détient le professionnel sur le produit et indirectement sur le consommateur, à tel point que l'obligation d'information ne peut que rarement avoir pleine efficacité » (P. LOKIEC, *thèse*, op. cit., n° 43, p. 33).

¹²¹⁷ P. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges P. Raynaud*, op. cit., p. 349, spéc. n° 32, p. 364.

¹²¹⁸ V. M. LEVASSEUR, « Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique », in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1998, p. 95.

¹²¹⁹ V. H. BATIFFOL, « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35. Égal. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, op. cit., spéc. n° 951.

¹²²⁰ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., n° 37, p. 29.

¹²²¹ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, op. cit., n° 46 et s., p. 35 et s. ; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, op. cit., n° 4, p. 5 ; J.-L. Aubert, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », op. cit., n° 7, p. 168.

¹²²² O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, op. cit., n° 4, p. 5. Il ne s'agit donc pas, dans cette étude, du pouvoir de marché tel que le droit de la concurrence le décrit : un état destiné à être régulé pour favoriser le libre

partenaire dont la puissance économique est suffisamment supérieure pour que son pouvoir de négociation soit anéanti. L'asymétrie économique peut intervenir tant en droit commercial¹²²³ qu'en droit de la consommation¹²²⁴. Le plus souvent, l'inégalité économique est liée à l'inégalité de besoins qui rend nécessaire l'entrée en relation contractuelle pour la partie faible. Celle-ci est « en position de dépendance économique, technique ou sociale »¹²²⁵. Ripert l'a exprimé ainsi : « quand il fait cet acte de volonté, l'adhérent est courbé devant l'impérieuse nécessité de contracter. C'est une mauvaise plaisanterie de lui dire : tu as voulu. À moins de ne jamais voyager, de ne jamais s'assurer, de ne pas user d'eau, de gaz ou d'électricité [...] il lui est impossible de ne pas contracter »¹²²⁶. Aujourd'hui, à moins de refuser les modes de communication électroniques, il est difficile d'échapper aux GAFA et autres géants que sont Samsung ou Microsoft ; « volonté si l'on veut, mais volonté faible »¹²²⁷ donc.

2) La traduction juridique de ce déséquilibre

277. Substitution de l'adhésion au consentement. Il n'a pas manqué d'être rappelé que « le contrat opère nécessairement comme instrument de domination sociale d'un contractant faible par un contractant fort »¹²²⁸ et, précédant la création du contrat, que les rapports de pouvoirs sont consubstantiels aux relations sociales¹²²⁹. Dès lors, il serait tentant d'affirmer que le déséquilibre s'immisce dans tous les rapports et rend suspecte chaque

jeu de la concurrence entre plusieurs acteurs évoluant sur le même marché mais n'ayant pas entre eux de rapports contractuels. La sanction du déséquilibre significatif a pour champ d'application des clauses, c'est-à-dire des éléments du contenu contractuel, et non des pratiques. V. J. GHESTIN, « Rapport introductif », in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1998, p. 3.

¹²²³ Antérieurement à la loi du 4 août 2008 (Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, réformée par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019), l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce indiquait vouloir lutter contre « l'abus d'une relation de dépendance économique liée à la puissance d'achat ou de vente d'un partenaire », V. D. LEGAIS, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22^e éd., 2015, spéc. n° 669.

¹²²⁴ À l'origine, la loi Scrivener appelait à sanctionner un « avantage excessif » induit par un « abus de puissance économique », V. art. 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. En effet, « l'image du consommateur [...] est celle d'un individu impuissant à résister aux sollicitations trop habiles ou trop pressantes ou aux abus de la puissance économique », G. G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études offertes à R. Rodière*, *op. cit.*, p. 247, spéc. p. 254.

¹²²⁵ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, *op. cit.*, n° 4, p. 36.

¹²²⁶ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 56, p. 99. Nous précisons que l'auteur déploie son propos dans un chapitre relatif au contrat d'adhésion, ce qui explique l'utilisation de la notion d'adhérent.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *op. cit.*, p. 255, qui cite E. ROPPO, *Contratti Standard*, Milano, 1975, 100-103.

¹²²⁹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *loc. cit.*, n° 58 p. 101. V. égal. par un tout autre biais, les travaux de M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, 1, La volonté de savoir*, Tel, Gallimard, 1976, p. 123 ; « Le sujet et le pouvoir », 1982, in *Dits et écrits*, II, 1976-1988, Gallimard, 2001, p. 1041 (entre autres).

situation contractuelle. Cependant, ce constant déséquilibre ne connaît pas toujours de traduction juridique. C'est par l'adhésion qu'il se matérialise. En effet, le consentement au contrat suppose une participation à son élaboration. L'acte de volonté et l'engagement corrélatif précédemment décrit impliquent un comportement actif du contractant dans la défense de ses propres intérêts. L'adhésion, pour sa part, constitue un simple acquiescement¹²³⁰. Le traitement de la situation qui en découle nécessite de mettre à distance le principe d'autonomie de la volonté. « Que la volonté des contractants soit le principe du contrat, un organe créateur de droit, ne peut être avancé sérieusement que si la volonté dont il s'agit est, sinon sans doute une volonté pure ne se déterminant qu'en vertu de sa propre essence à l'exclusion de tout motif sensible¹²³¹, du moins une volonté raisonnable s'exerçant librement après réflexion et délibération. C'est à ce prix que peut avoir un sens l'allégation que le contrat est respectable parce que la volonté y obéit à une règle émanant d'elle seule »¹²³². Il existe une distorsion dans la création du contrat issu d'une relation déséquilibrée entre ce qu'il devrait être et ce qu'il est. Tout contrat, dans la théorie générale, devrait être le produit « de ce qu'il y a d'identique et de commun dans les intentions unilatérales des deux parties »¹²³³. La concertation des contractant engendre le *negotium* dont l'étymologie renvoie au terme « occupation » : négocier le contrat revient à occuper l'acte en y inscrivant sa propre volonté¹²³⁴. À l'inverse, l'adhésion équivaut à une amputation de la liberté contractuelle dans son troisième axiome : la libre détermination du contenu du contrat¹²³⁵. À la rencontre des volontés se substitue une mise en conformité de la volonté de l'une des parties avec celle de l'autre. Se détache alors une image paradoxale de cette partie faible, à la fois reconnue comme contractante mais protégée en raison de la faiblesse de sa volonté.

278. Les situations d'adhésion : des actes juridiques particuliers. La situation créée par adhésion s'éloigne de la notion de contrat. « Il y a de prétendus contrats qui n'ont du

¹²³⁰ En ce sens, B. BERLIOZ-HOUIN, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *Études offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3.

¹²³¹ Note de l'auteur : « On aura reconnu dans cette formule (empruntée, en abrégé, au *Vocabulaire* de Lalande, v° Autonomie) les traits de la doctrine kantienne, dans laquelle Gounot a puisé – abusivement – une part de son inspiration ».

¹²³² G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *op. cit.*, p. 254.

¹²³³ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, *op. cit.*, n° 88, p. 229.

¹²³⁴ Le *negotium*, qui désigne l'opération en laquelle consiste l'acte juridique, par opposition à l'*instrumentum* qui le constate (V. *Negotium*, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*). V. « Négoce », in *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*.

¹²³⁵ En ce sens égal. T. REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC* 2019. 104, spéc. n° 12 et s.

contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire (...), que l'on pourrait appeler, faute de mieux, contrats d'adhésion, dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi »¹²³⁶. La manifestation de volonté reste néanmoins entière, ce qui suffit à faire naître un acte juridique valable¹²³⁷. Cependant, « lorsque le consentement explicite est érigé au rang de fondement unique de la légitimité, la liberté individuelle n'est [...] pas garantie, dans la simple mesure où il existe des rapports iniques – qui se traduisent par le fait que l'un consent à ce que l'autre exerce sur sa vie un pouvoir qui ne devrait jamais exister, et qui ne serait pas accepté dans une situation équitable – qui sont cependant parfaitement “volontaires” »¹²³⁸. Dès lors, une *summa divisio* apparaît. Pour certains auteurs, elle se place au sein des situations contractuelles, certaines étant créées de gré à gré et d'autres par adhésion¹²³⁹. C'est du reste ce qui ressort de l'article 1110 du Code civil. Il serait également possible de voir dans ces « situations d'adhésion » des actes juridiques distincts du contrat *stricto sensu*. La consécration de la notion d'acte juridique dans le Code civil pourrait être ainsi exploitée. Étudiant la relation médicale, Monsieur Moron-Puech développe l'outil de l'acte juridique au-delà de la notion de contrat¹²⁴⁰. Contrairement à la relation médicale, les situations d'adhésion restent des techniques d'opérations économiques et cet aspect les rapproche de la notion de contrat. Cependant, le déséquilibre à l'origine de la création par adhésion de ces situations les en éloigne. L'ambivalence du mode d'élaboration de leur contenu pourrait mener à les qualifier d'actes juridiques distincts du contrat. Cette dissociation expliquerait que des règles de validité spécifiques soient adjointes¹²⁴¹. Qu'on opte pour l'une ou l'autre de ces conceptions, il faut convenir que ces situations constituent une catégorie à part. Dereux l'admettait déjà en 1910 :

¹²³⁶ R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, Pichon, 1901, n° 89, p. 229. Adde F. CHENEDE, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *RDC* 2012. 1017. Comp. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 57, p. 100 : « Pour la formation du contrat la loi exige deux consentements ; elle ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés ».

¹²³⁷ P. LE TOURNEAU, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *op. cit.*, n° 32, p. 364 : « l'adhésion demeure un acte de volonté [...] La puissance n'est pas constitutive à elle seule du vice de violence ». En particulier, l'article 1143 C. civ. ne trouve pas à s'appliquer. V. aussi G. CHANTEPIE, « Le consentement de l'adhérent », *RDC* 2019. 140, qui parle de « consentement ».

¹²³⁸ J.-F. SPITZ, « “Qui dit contractuel dit juste : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *op. cit.*, p. 281.

¹²³⁹ V. not. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats*, *op. cit.*, p. 33-37 ; T. REVET, « La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC* 2019. 106 ; du même auteur, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015. 1217 ; égal. M. FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 645 qui qualifie la proposition de « stimulante ».

¹²⁴⁰ B. MORON-PUECH, *Contrat ou acte juridique ? : Étude à partir de la relation médicale*, préf. D. FENOUILLET, LGDJ, 2020.

¹²⁴¹ Ce que Jossierand nomme le « dirigisme contractuel compressif », V. L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *op. cit.*, spéc. p. 90. Égal. L. JOSSERAND, « Le contrat forcé et le contrat légal », *D.* 1940. 5.

« en disant “contrat d’adhésion” on a l’air de viser une certaine convention particulière qui serait l’*adhésion*, et pourrait être mise sur le même pied que le contrat *de* vente, le contrat *de* louage et les autres. En fait, on veut désigner une convention réalisée *par* la simple adhésion d’une personne à une offre dont elle n’a pu discuter les termes »¹²⁴². Pour identifier ces conventions particulières, des critères doivent être établis.

B. Identification des situations d’adhésion

279. L’article 1110 du Code civil a scellé la notion de contrat d’adhésion. Issue des réflexions de Saleilles publiées en 1901¹²⁴³, le contrat d’adhésion est, à l’origine, « le miroir d’une société française fortement industrialisée, reposant sur une production et une consommation de masse, générant de fortes inégalités, spécialement entre consommateurs et professionnels »¹²⁴⁴. Aujourd’hui, les critères qui lui sont attribués peuvent être étendus à tous les domaines du droit privé. Ils explicitent le phénomène de l’élaboration unilatérale d’actes juridiques plurilatéraux¹²⁴⁵ (1). Ce faisant, ces situations apparaissent comme étant potentiellement déséquilibrée dans leur contenu, ce qui justifie la lutte contre les prérogatives abusives en leur sein. Il faut, pour cela, comprendre ce que la notion de déséquilibre significatif recouvre (2).

1) *Critères des situations d’adhésion*

280. **La non-négociabilité des clauses contractuelles.** Le premier élément caractéristique des situations d’adhésion réside dans l’absence de négociabilité des stipulations du contrat. La partie faible ne peut pas participer, ou très peu, à leur élaboration. L’absence de négociabilité se distingue de l’absence de négociation : l’atteinte à la liberté contractuelle ici en cause résulte d’une impuissance concrète à négocier en raison de

¹²⁴² G. DEREUX, « La nature juridique des “contrats d’adhésion” », *RTD civ.* 1910. 503, spéc. p. 504. Adde T. REVET, « Les critères du contrat d’adhésion », *op. cit.*, n° 5 : « la distinction entre le contrat de gré à gré et le contrat d’adhésion est de type antonymique : dans ce qui le caractérise, le contrat de gré à gré est le négatif du contrat d’adhésion, et réciproquement. Cette conclusion s’impose même si les termes des définitions respectives des contrats de gré à gré et d’adhésion ne sont pas, formellement, l’avvers et le revers les uns des autres ». V. égal. n° 10 : cette distinction « concerne tous les contrats puisqu’un contrat n’est autre qu’un accord de volontés relativement à un ensemble d’effets de droit dont les sujets sont ceux dont les mêmes volontés sont émanées. *Un contrat est donc, nécessairement, soit de gré à gré, soit d’adhésion ; il ne peut pas être ni l’un, ni l’autre* ».

¹²⁴³ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l’étude de l’acte juridique dans le code civil allemand*, *op. cit.*

¹²⁴⁴ M. MEKKI, « La notion de contrat d’adhésion : on est loin de la “haute définition” ! », *RDC* 2019. 112, n° 7.

¹²⁴⁵ En ce sens, T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *op. cit.* ; T. REVET, « L’uniformisation de l’interprétation : contrats types et contrats d’adhésion », *RDC* 2015. 199.

l'asymétrie des forces en présence¹²⁴⁶. Par conséquent, les situations d'adhésion ne se réduisent pas au « phénomène de standardisation des contrats »¹²⁴⁷. La non-négociabilité peut s'appliquer à un « exemplaire unique, conçu pour une seule relation contractuelle »¹²⁴⁸. Cependant, tout contrat non-négociable ne doit pas être classé parmi les situations d'adhésion. L'absence de négociabilité doit être liée au déséquilibre factuel qui régit la relation des parties¹²⁴⁹. Le critère de non-négociabilité se lit à l'aune de la position de vulnérabilité de l'une des parties à l'égard de l'autre¹²⁵⁰. Ainsi, « sans la preuve d'un empêchement factuel des discussions par l'une des parties, la démonstration d'une absence de discussion des conditions générales par celui auquel elles ont été proposées ne suffira pas »¹²⁵¹.

281. La détermination préalable et unilatérale du contrat. L'article 1110 du Code civil précise le critère de non-négociabilité : les clauses doivent être « déterminées à l'avance par l'une des parties ». Exiger que l'élaboration du contenu contractuel soit imputable à une seule des parties corrobore l'absence de négociabilité. Apprécier ce critère indépendamment de la non-négociabilité aboutit à une absurdité. Le juge aurait à scruter le moment de la conclusion du contrat pour apprécier le caractère préalable de la détermination des clauses.

¹²⁴⁶ Toute autre cause avancée par une partie dans l'hypothèse d'un litige pour arguer d'une impossibilité à négocier devrait être écartée par le juge. Cette cause ne serait pas conforme à l'interprétation téléologique de la prohibition des prérogatives contractuelles qui créent un déséquilibre significatif dans les situations d'adhésion. Comp. M. LATINA, « Le régime des clauses non négociables hors du contrat d'adhésion », *RDC* 2019. 160, spéc. n° 18.

¹²⁴⁷ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *op. cit.*, n° 6 et 12. Les *intrumentum* préédigés et les contrats-types auxquels seule manque l'apposition d'une signature ne sont pas les seuls visés par cette catégorie d'actes juridiques. *Contra* J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens les obligations*, t. 2, *op. cit.*, n° 950 : l'auteur insiste sur le fait que le contrat d'adhésion est un « contrat de masse », si bien que « l'invariabilité » c'est-à-dire « la rédaction standardisée » s'impose comme un trait caractéristique de la notion.

¹²⁴⁸ *Ibid.*

¹²⁴⁹ Ce n'est pas le cas, par exemple, lorsqu'un nouvel associé fait son entrée dans une société, ou qu'un nouveau copropriétaire se substitue à l'ancien. Qu'il s'agisse d'une substitution de contractant, ou de l'ajout d'une nouvelle position contractuelle, les statuts de société, pactes d'associés, règlements de copropriété et autres règlements intérieurs ne doivent pas être qualifiés par principe de contrats d'adhésion. V. M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *op. cit.*, n° 20 et s. ; A. TADROS, « "L'adhésion" du cessionnaire de droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ? », *D.* 2017. 171. Comp. Cass. Com. 11 mai 2017, n° 14-29.717, *D.* 2017. 1583, O. DESHAYES et A. TADROS ; p. 2444, Y. SERRA ; *D.* 2018. 371, M. MEKKI ; *RTD civ.* 2017. 643, H. BARBIER ; *RTD com.* 2017. 593, M. CHAGNY ; *Rev. soc.* 2018. 250, L. GODON. Dans cet arrêt, la Chambre commerciale refuse d'appliquer l'ancien article L. 442-6, I, 2° (nouv. art. L. 442-1) C. com. à la faculté de dédit stipulée dans le contrat d'un groupement d'intérêt économique.

¹²⁵⁰ Il faut admettre que la preuve n'est pas toujours facile à rapporter. En l'absence de disposition spécifique, sa charge pèse sur la partie qui l'invoque en vertu de l'article 9 du Code de procédure civile. . M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *op. cit.*, n° 13 et s., spéc. n° 16. V. égal. C. GRIMALDI, « La preuve et le contrat d'adhésion », *RDC* 2019. 135.

¹²⁵¹ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *op. cit.*, n° 6 et 12. En ce sens, CA Paris 18 sept. 2013, 12/03177 : « la tentative de soumission ne suppose pas l'exercice de pressions irrésistibles ou de coercition, mais plutôt l'existence d'un rapport de force économique déséquilibré entre les parties dont il se déduit la soumission du partenaire, influencé par de simples suggestions, invitations fermes ou pressions ».

Pourtant, l'élaboration des clauses concomitamment à la conclusion du contrat paraît comme « un cas de figure très théorique [...] une hypothèse d'école »¹²⁵². Il importe peu, en outre, que la partie forte soit l'auteur intellectuel des clauses¹²⁵³. Qu'elle use d'un contrat rédigé par un organisme professionnel¹²⁵⁴, par un notaire¹²⁵⁵ ou par un avocat n'empêche pas sa qualification en situation d'adhésion. En revanche, lorsque le contenu contractuel est non seulement élaboré par un tiers, mais que son usage n'est imputable à aucune des parties, les règles relatives aux contrats de gré à gré s'imposent¹²⁵⁶. Ainsi, la non-négociabilité va de pair avec la détermination préalable et unilatérale du contenu contractuel. Le cumul de ces critères permet de révéler des situations d'adhésion. Reste toutefois à déterminer l'étendue du contenu contractuel sur lesquels ils s'appliquent.

282. L'étendue des clauses visées par les critères des situations d'adhésion.

La qualification de situations d'adhésion comporte une incertitude majeure. Elle concerne l'ampleur des clauses qui doivent être non-négociables et déterminées à l'avance par l'une des parties. Le législateur a refusé d'exiger que la totalité du contenu du contrat réponde aux critères de qualification¹²⁵⁷. Le choix est heureux : de quelle protection s'agirait-il s'il suffisait

¹²⁵² T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *op. cit.*, n° 17. Toutefois, « selon la lettre de l'article 1110, alinéa 2, nouveau du Code civil, le critère de la détermination unilatérale et préalable des [clauses] doit être caractérisé indépendamment de la soustraction à la négociation » (*Ibid.*).

¹²⁵³ Comp. L. ANDREU, « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ Contrat* 2018. 262, spéc. n° 4.

¹²⁵⁴ S. PELLET, « Contrat d'adhésion et clauses abusives », *op. cit.*, spéc. p. 19 : « selon la Chancellerie, le particulier-bailleur qui choisit l'une des conditions générales de la plateforme Airbnb pour les imposer à son locataire conclut un contrat d'adhésion, ce qui implique que la détermination par un tiers des conditions générales ne fait pas obstacle à la qualification [de contrat d'adhésion] ».

¹²⁵⁵ S. PELLET, « Contrat d'adhésion et clauses abusives », *op. cit.*, spéc. p. 19-20 : en dépit du devoir de conseil qui incombe aux notaires, ce processus rédactionnel n'empêche pas que la partie forte impose les stipulations de son choix à la partie faible. « Qu'un prêt immobilier soit rédigé par acte authentique ne l'empêche pas de ne contenir, pour l'essentiel, que des stipulations imposées par le banquier, de même qu'une vente en l'état futur d'achèvement offre rarement aux acquéreurs le loisir de négocier les conditions importantes du contrat, lesquelles sont, de fait, imposées par le promoteur ». V. égal. M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *op. cit.*, n° 17.

¹²⁵⁶ T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *op. cit.*, n° 18 : l'auteur vise les situations dans lesquelles « le législateur, le pouvoir réglementaire ou une instance dotée d'un pouvoir normatif à l'égard des parties à un contrat de droit privé imposerait une formule-type à laquelle il ne serait pas possible d'échapper. Tel est, par exemple, le cas du contrat-type de location ou de colocation de logement nu, annexé au décret n° 2015-587 du 29 mai 2015 pris en application de l'article 3 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 modifié par l'article 1^{er} de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 ». V. en ce sens Cass. Com. 4 oct. 2011, *Bull. civ.* IV, n° 151, *RTD com.* 2011. 791, B. BOULOC : dans un conflit entre l'application de l'ancien article L. 442-6, 5 C. com. et un contrat-type relatif au délai de préavis d'une rupture unilatérale, la Chambre commerciale s'est refusé à faire application du premier de ces textes. On peut ainsi considérer que face à un contrat-type, de transport routier en l'espèce, il n'est pas possible d'appliquer les règles spécifiques propres aux situations d'adhésion. La *ratio juris* de ce parti pris se comprend aisément, car sauf erreur du législateur, on voit mal comment un contrat ainsi élaboré pourrait créer un déséquilibre significatif au profit de la partie forte.

¹²⁵⁷ La loi de ratification (Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, *loc. cit.*) a modifié l'article 1110 C. civ. en supprimant la notion de « conditions générales » (sur cette notion, V. A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Études A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 629). Désormais, l'art. 1110, al. 2, C. civ. parle d'un

à la partie forte de démontrer qu'une seule clause a été ajoutée à la demande de la partie faible pour échapper à la qualification de contrat d'adhésion ? Une application distributive du critère à chaque clause n'est pas non plus souhaitable¹²⁵⁸. Il déboucherait sur la négation du jeu des négociations dans les contrats de gré à gré. Avec cette méthode, tout contrat serait susceptible d'être qualifié en situation d'adhésion¹²⁵⁹. Pour autant, il est ardu de déterminer abstraitement l'étendue que doit représenter cet « ensemble de clauses » par rapport au contenu global. Une appréciation *in concreto*, fondée sur la maxime *major pars trahit ad se minorem*¹²⁶⁰ semble être la plus adéquate¹²⁶¹. Un habile mélange du critère quantitatif et du critère qualitatif, d'une alliance entre l'examen du mode d'élaboration de l'essentielle des clauses et des clauses essentielles doit être recommandé au juge¹²⁶². En cela, le constat d'une asymétrie de puissance factuelle aide à la caractérisation de la situation litigieuse¹²⁶³. Au-delà, il faut admettre, avec le Doyen Carbonnier, que « le contrat d'adhésion n'est pas rigoureusement définissable »¹²⁶⁴.

283. Influence des critères sur les droits spéciaux. Les situations qui relèvent du droit commun ne sont pas les seules concernées par les critères précédemment établis. En apparence, le droit de la consommation a dissocié la prohibition des clauses abusives de l'examen de leur négociation¹²⁶⁵. Cependant, le champ d'application *rationae personae* de la

« ensemble de clauses ». La lettre de l'art. 1171 C. civ. confirme cette intuition, puisqu'elle précise que seule une clause non négociable est susceptible d'être réputée non écrite si elle crée un déséquilibre significatif. *A contrario*, il faut en déduire qu'il n'est pas exigé que l'ensemble des clauses ait été non négociable pour que la qualification de contrat d'adhésion s'impose.

¹²⁵⁸ La méthode distributive ou « fonctionnelle » suppose que le juge scrute la négociabilité et le mode d'élaboration de la clause qui crée un déséquilibre significatif pour en déduire la qualification du contrat d'adhésion dans lequel elle est stipulée. Les projets de droit européen des contrats paraissent opter pour cette solution (V. par ex. PDEC (Commission Lando), art. 2 :104 (1) et art. 5 : 104).

¹²⁵⁹ Les négociations aboutissent souvent à ce que chaque partie impose ses exigences et adhèrent à celles de l'autre. Chaque clause n'est pas négociée individuellement. Dès lors, le risque d'une surenchère de la qualification est probable : dès qu'une partie voudrait échapper à une stipulation qui la dérange, elle pourrait être tentée d'arguer d'une non-négociabilité spécifique. V. aussi C. DELANGLE, « Le nouveau dispositif du Code civil consacré au contrat d'adhésion », *JCP E* 2017. 1452, spéc. n° 3.

¹²⁶⁰ « La plus grande part attire à elle la plus petite ». Cet adage a notamment été appliqué dans les conflits entre propriétaires et repris dans le Code civil aux articles 565 à 577, V. J. HILAIRE, *Adages et maximes du droit français*, *op. cit.*, p. 109.

¹²⁶¹ En ce sens, T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *op. cit.*, spéc. n° 15 ; S. PELLET, « Contrat d'adhésion et clauses abusives », *op. cit.*, spéc. p. 18.

¹²⁶² V. M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *op. cit.*, n° 11 ; L. ANDREU, « Le nouveau contrat d'adhésion », *op. cit.*.

¹²⁶³ Rappr. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, *op. cit.*, spéc. n° 954.

¹²⁶⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens les obligations*, t. 2, *op. cit.*, n° 950.

¹²⁶⁵ En dépit du sens des directives européennes (art. 3, 1° de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs),¹²⁶⁵ le droit français a, dès son origine, choisi un champ d'application plus vaste. Pour un résumé exhaustif de l'évolution des fondements textuels relatifs à l'indifférence de la négociation des clauses pour les déterminer comme abusives, V. C.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2018, n° 141 et s., p. 99 et s. ; J.

prohibition des clauses abusives en droit de la consommation est une application directe du critère de la non-négociabilité. Cette conception résulte de l'impossibilité pratique pour le consommateur ou non-professionnel¹²⁶⁶ d'influer sur le choix des stipulations contractuelles en raison de l'inégalité de fait qui règne dans sa relation avec le cocontractant professionnel¹²⁶⁷. Une présomption irréfragable de non-négociabilité, liée à la qualité des parties, gouverne cet aspect du droit de la consommation¹²⁶⁸. Le critère de non-négociabilité trouve également à s'appliquer en droit commercial bien qu'il n'apparaisse pas explicitement à l'article L. 442-1 du Code de commerce¹²⁶⁹. Les auteurs de la disposition font néanmoins usage du verbe « soumettre ». On peut y voir une injonction faite au juge d'examiner le mode d'élaboration de la situation contractuelle à l'origine du litige¹²⁷⁰. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a défini la notion de soumission comme celle qui « consiste à faire peser ou tenter de faire peser sur un partenaire commercial du fait du déséquilibre du rapport de force existant entre les parties, des obligations injustifiées et non réciproques »¹²⁷¹. Le Conseil constitutionnel a, pour sa part, validé la disposition relative à la notion de déséquilibre significatif en s'appuyant sur

MESTRE, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, *op. cit.*, p. 677.

¹²⁶⁶ V. Art. L. 212-2 C. conso. Sur la distinction entre les notions de consommateur et de non-professionnel, V. C.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, *op. cit.*, n° 56 et s., p. 49 et s. : selon cet auteur, la distinction principale réside dans le fait que le consommateur est une personne physique et le non-professionnel une personne morale.

¹²⁶⁷ Comp. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 363 et s., p. 306 et s., spéc. n° 365-366 : selon cet auteur, le choix du droit interne de ne pas reprendre le critère de non-négociabilité posée par la directive européenne était délibéré. Il exprimait le fondement de la prohibition des clauses abusives, laquelle ne relève pas d'une présomption de la volonté de la partie faible, mais révèle l'objectif d'équilibre idéal qui devrait régner dans le contrat ; A.-C. MARTIN, « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *RDC* 2019. 128. V. égal. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 2005, spéc. n° 24 et s., p. 24 et s.

¹²⁶⁸ Le cumul des règles de droit commun et de droit de la consommation n'est pas à redouter. Le droit de la consommation étant plus favorable à la partie faible, elle n'aura qu'à démonter son statut de consommateur pour en bénéficier. En ce sens, K. LAFAURIE, « L'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCPE* 2017. 1453, spéc. n° 4.

¹²⁶⁹ L'identification d'une situation d'adhésion entre les mastodontes de la grande distribution et leurs producteurs constitue la *ratio legis* de la disposition. M. BEHAR-TOUCHAIS, « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », *RLC* oct.-déc. 2008, n° 17, p. 45 ; C. LUCAS DE LEYSSAC et M. CHAGNY, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC* 2009. 1268.

¹²⁷⁰ K. LAFAURIE, « L'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *op. cit.*, spéc. n° 7 : « Ce texte est destiné à sanctionner les pratiques restrictives de concurrence d'une entreprise soustraite aux contraintes d'une concurrence effective et qui profite de cette situation en abusant de la dépendance de ses partenaires. Si la lettre du texte a changé ces dernières années, l'esprit n'en est pas moins demeuré, l'usage du verbe "soumettre" permettant bien de conserver cette référence à la contrainte, à l'abus d'une situation de dépendance ». Comp. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC* 2009. 1258, spéc. n° 3 : « Si l'on est mal traité par rapport à quelqu'un qui est traité trop favorablement, on n'est pas forcément victime d'un contrat déséquilibré de manière significative ».

¹²⁷¹ CA Paris, 29 oct. 2014, n° 13-11059 ; *RTD com.* 2014. 785, M. CHAGNY.

la similitude avec le droit de la consommation¹²⁷². De nombreux arrêts se fondent, quant à eux, sur la non-négociabilité des clauses pour caractériser un déséquilibre significatif¹²⁷³. Le tribunal de commerce de Lille a, par exemple, relevé que les clauses litigieuses avaient été imposées sans négociation¹²⁷⁴. C'est judicieux. Comme le remarque Madame Béhar-Touchais, « tous les fournisseurs ne sont pas interchangeables pour le distributeur »¹²⁷⁵. Leclerc et Carrefour peuvent se passer d'un certain nombre d'entre eux, mais il est difficile de douter du pouvoir de négociation de Coca-Cola, Nestlé ou l'Oréal. Que les juges recherchent l'existence d'une situation contractuelle d'adhésion apparaît pertinent et démontre la convergence entre droit commun et droits spéciaux en la matière¹²⁷⁶. La prohibition spéciale des prérogatives contractuelles issues d'une situation d'adhésion doit donc être étendue à ces matières.

2) Des situations potentiellement déséquilibrées : recherche du déséquilibre significatif

284. La seule identification d'une situation d'adhésion n'est pas en soi source de sanctions¹²⁷⁷. « Ce n'est pas l'inégalité des contractants qui, par elle seule, rend le contrat suspect, c'est l'abus possible qui sortira de cette inégalité »¹²⁷⁸. Ce n'est donc que lorsqu'un déséquilibre significatif est constaté que le droit positif intervient pour museler le produit de

¹²⁷² Cons. Const., DC n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a limité cette analogie cependant « en particulier quant à la catégorie des personnes [que le législateur] a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ». Cass. Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, Bull. Civ. IV, n° 13 ; D. 2017. 481, F. BUY, p. 2444, Y. SERRA ; RTD civ. 2017. 383, H. BARBIER ; RTD com. 2017. 593, p. 601 ; p. 603, M. CHAGNY ; LEDC mars 2017, p. 1, G. CATTALANO-CLOAREC. Dans cet arrêt, la Cour déclare que l'article L. 442-6, I, 2° (nouvel article L. 442-1) C. com. autorisait un contrôle judiciaire du prix dès lors que celui-ci ne résultait pas d'une libre négociation et caractérisait un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties. La référence à l'inégalité du rapport entre les partenaires commerciaux ne peut être ignorée.

¹²⁷³ Cass. Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907, *Provera* ; D. 2015. 996, J. LECAROT ; D. 2016. 964, D. FERRIER ; RTD com. 2015. 486, M. CHAGNY : La Cour relève que « les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses » ; Égal. Cass. Com. 27 sept. 2018, n° 18-40.028 : la Chambre commerciale avait pour charge, en l'espèce, d'examiner le renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel.

¹²⁷⁴ T. com. Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184 ; D. 2010. 1000, J. SÉNÉCHAL ; RLDC 2010, n° 2, p. 99, M. CHAGNY ; Contrats Conc. Consom. 2010, n° 71, N. MATHEY ; RLC 2010. 1584, M. BEHAR-TOUCHAIS ; D. 2011. 540, D. FERRIER ; RTD civ. 2013. 324, B. FAGES. Comp. CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2010, n° 12/01166 ; M. CHAGNY, RTD com. 2013. 500, qui se contente de constater le caractère « imposé » des stipulations en cause.

¹²⁷⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP G. 2015.II.603, spéc. n° 17.

¹²⁷⁶ Sur la diversité des sanctions : Art. L. 442-4 C. com. Sur l'action du ministère chargé de l'économie, Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126-QPC ; D. 2011. 1340, E. CHEVRIER ; p. 2966, Y. PICOD. Cass. Com. 27 sept. 2018, n° 18-40.028. H. BARBIER, « De la diversité des sanctions du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : responsabilité pour l'article L. 442-6, I, 2° mais pas de réputé non écrit, et requalification pour les promesses de contrat », RTD civ. 2016. 852.

¹²⁷⁷ En ce sens, J. GHESTIN, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 8.

¹²⁷⁸ G. RIPERT, *La règle morale et les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 59 ; Égal. L. AYNES, « Vers une déontologie du contrat ? », *op. cit.*, spéc. n° 19 : « la violence illégitime, ce n'est pas la position dominante, mais l'exploitation de celle-ci ».

cette domination. La logique unitaire qui irrigue la catégorie des situations d'adhésion, et l'identité de la terminologie utilisée par le législateur dans les différents domaines du droit, incitent « à retenir une interprétation similaire [des déséquilibres significatifs et] de leur seuil de déclenchement »¹²⁷⁹.

285. Nécessité d'un déséquilibre significatif. La défiance à l'endroit des situations élaborées unilatéralement par une partie forte ne doit pas aller jusqu'à les caractériser comme des « conventions abusives ». D'une part, certaines stipulations sont exclues du contrôle de validité. C'est que la volonté à l'origine de la création de l'acte juridique n'est pas vide de toute substance. L'exclusion du contrôle de l'adéquation du prix au bien vendu ou au service rendu en droit de la consommation et en droit commun¹²⁸⁰ s'explique par le fait que ces éléments sont pleinement et consciemment acceptés par la partie faible¹²⁸¹. Si le processus de création de la situation d'adhésion est structurellement déséquilibré, donc, l'ensemble de ses stipulations ne doit pas être considéré comme tel. Seul le processus de formation du contrat révèle un déséquilibre certain. Cette inégalité dans l'élaboration du contrat rend possible, peut-être même probable¹²⁸², le déséquilibre donc son contenu mais ne le rend pas inévitable. De ce fait, ces situations sont potentiellement déséquilibrées. Le risque qui se profile consiste à ce que « sous le manteau de la contractualisation, se laisse deviner ce que Pierre Legendre a pu désigner par ailleurs comme une reféodalisation du lien social »¹²⁸³. C'est pourquoi la prohibition des clauses repose sur le contrôle du déséquilibre significatif qu'elle engendre.

¹²⁷⁹ G. CHANTEPIE et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », in *Répert. dr. civ.*, Dalloz, mai 2019 (actu. : Févr. 2020), n° 190. Comp. O. DESHAYES, T. GENICON, et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, *op. cit.*, « ART. 1171 ».

¹²⁸⁰ Cependant, il faut préciser que des tentatives d'insertion de la logique consumériste en droit commun des contrats ont été opérées par des juridictions du fond au début du XX^e siècle au sujet du pouvoir judiciaire de révision des honoraires. Le critère d'intervention du juge était alors celui du caractère profane du maître d'ouvrage face à l'entrepreneur professionnel. Le rééquilibrage portait précisément sur l'adéquation du prix à la prestation. V. CA Nancy, 19 mars 1912, *D.* 1916.II.197 et CA Nancy, 17 févr. 1914, *D.* 1916.II.197. V. not. R. LIBCHABER, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2006, n° 15, p. 1223

¹²⁸¹ En revanche, le contrôle du juste prix en droit commercial est nécessaire dans la mesure où la partie forte d'imposer des prix excessivement hauts ou bas à la partie faible qui n'a d'autres choix que de subir. L'art. D. 442-3 C. Com. pose toutefois un verrou procédural important à l'application de cette disposition, qui réduit considérablement son invocation.

¹²⁸² T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *op. cit.*, n° 4 : « l'élaboration unilatérale d'un acte contractuel est, inmanquablement, la source de déséquilibres entre les droits et obligations respectifs des parties : comment celui qui tient la plume, en sachant qu'il ne sera pas contredit par son cocontractant, ne serait-il pas naturellement conduit à avantager sa condition dans le contrat, et non celle de l'autre partie ? »

¹²⁸³ A. SUPIOT, *Homo juridicus*, *op. cit.*, p. 166 ; du même auteur, « La contractualisation de la société », *op. cit.*, p. 57 et « La fonction anthropologique du droit, Entretien avec Alain Supiot », in *Esprit*, fév. 2001, p. 151, spéc. p.

286. Notion de déséquilibre significatif. Parfois rattaché à « l'excès »¹²⁸⁴, parfois à « l'abus de puissance »¹²⁸⁵, le déséquilibre significatif est une notion fuyante¹²⁸⁶. Abstraitement, il est possible d'appréhender le déséquilibre significatif par le biais de l'abus de liberté contractuelle. Monsieur Stoffel-Munck a caractérisé l'abus de liberté contractuelle comme étant l'une des deux manifestations de l'abus¹²⁸⁷. Si la première renvoie à une faute de comportement et n'est pas pertinente dans ces lignes, la seconde s'inscrit dans une logique de validité des stipulations. « Vu sous cet angle, l'abus relève d'une technique de délimitation [...] de la force obligatoire [...], le droit formellement stipulé sera absolument privé de force et ne pourra donc jamais lier le cocontractant »¹²⁸⁸. Cette conception relève du défaut de droit, en ce que la stipulation « ne sera finalement jamais parvenue à l'existence, du fait de [son] éradication »¹²⁸⁹. Le déséquilibre significatif s'exprime dans certaines clauses. Leur contenu révèle que le rédacteur a profité de la faiblesse de son cocontractant pour s'arroger un droit particulièrement avantageux. En ce sens, la partie forte abuse de la liberté contractuelle pleine et entière dont elle jouit, à la faveur de la carence de liberté contractuelle que subit la partie faible. Ainsi compris, le déséquilibre peut se matérialiser de diverses manières : « pouvoir unilatéral d'un contractant, avantage non réciproque, transfert injustifié de charges, faire croire à ce qui n'est pas » semblent être autant d'expressions possibles du déséquilibre¹²⁹⁰. En outre, ce déséquilibre doit être « significatif », terme des plus subjectifs¹²⁹¹. Sa compréhension théorique se heurte là aux tentatives de systématisation de ses applications pratiques.

287. Le déséquilibre significatif dans la jurisprudence. En droit de la consommation d'abord, il convient de distinguer entre les clauses présumées abusives de manière irréfragable¹²⁹² et celles qui sont laissées à l'appréciation du juge¹²⁹³. De nombreux

166 ; Adde P. LEGENDRE, « Remarques sur la reféodalisation de la France », in *Études offertes à Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 201.

¹²⁸⁴ D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, op. cit., n° 22 et s., p. 20 et s.

¹²⁸⁵ A. KARAMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, préf. P. SIMLER, LGDJ, 2001, par ex. n° 33, p. 13.

¹²⁸⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », op. cit., spéc. n° 1 ;

¹²⁸⁷ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, op. cit., spéc. n° 346-347, p. 291-292.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G.* 2016. 391.

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² Art. R. 212-1 C. conso.

¹²⁹³ Le juge n'est pas tenu de se contenter de la « liste grise » des clauses simplement présumées abusives. V. Art. R. 212-2 C. conso.

critères sont apparus en doctrine et dans la jurisprudence de la CJUE¹²⁹⁴ pour tenter d'exprimer de façon discursive ce qui relève de l'appréciation *in concreto* des juges. Madame Le Gac-Pech a identifié comme critère prégnant le défaut de réciprocité des droits et le défaut de commutativité des obligations entre les parties¹²⁹⁵. Monsieur Lagarde a estimé que les clauses abusives étaient celles qui ont pour objet ou pour effet de détruire l'économie du contrat dans lequel elles s'insèrent, ainsi que celles qui octroient au professionnel un avantage dépourvu de contrepartie ou de justification¹²⁹⁶. Dans sa thèse sur la notion de clause abusive, Madame Péglion-Zika a établi les deux critères que sont l'unilatéralisme de la clause et la négation d'un droit de la partie faible¹²⁹⁷. Pour efficaces qu'ils soient, ces critères n'épuisent pas la pléthore de jurisprudences et les justifications émises par les juges pour déclarer une clause abusive¹²⁹⁸ : la Cour de cassation a ainsi affirmé que l'ambiguïté d'une clause marquait son caractère abusif¹²⁹⁹. Plus encore qu'en droit de la consommation¹³⁰⁰, le droit commercial applique une approche « concrète et globale du contrat »¹³⁰¹ pour apprécier le caractère déséquilibré d'une clause. Il s'ensuit que des stipulations *a priori* abusives ne sont pas sanctionnées lorsqu'il apparaît qu'elles sont équilibrées par d'autres¹³⁰². À l'aune de ces remarques, l'identification des prérogatives abusives peut être appréhendée.

¹²⁹⁴ V. not. CJUE 16 janv. 2014, *Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez*, aff. C-226/12 : sont notamment énumérés à titre de critères d'identification des clauses abusives la restriction au contenu des droits du consommateur, l'entrave à l'exercice de ces droits ainsi que la mise à la charge du consommateur d'une obligation supplémentaire.

¹²⁹⁵ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, op. cit., n° 213, p. 96.

¹²⁹⁶ X. LAGARDE, « Qu'est ce qu'une clause abusive ? », *JCP G.* 2006.I.110.

¹²⁹⁷ C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, op. cit. : selon cet auteur, le premier critère d'identification du déséquilibre significatif est l'unilatéralisme, qui s'entend de deux façons. Il s'agit d'une part du défaut de réciprocité entre les droits et obligations des parties (n° 396 et s.), et d'autre part de la stipulation de prérogatives contractuelles conférant un droit arbitraire au professionnel (n° 427 et s.). Le second critère d'identification du déséquilibre significatif est la négation d'un droit du non-professionnel ou du consommateur, qui doit se comprendre comme la privation d'un droit supplétif ou contractuel auquel la partie faible aurait pu normalement prétendre (n° 463 et s.).

¹²⁹⁸ En ce sens, V. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Répert. Dalloz Civ.*, V° Clause abusive, n° 38 et s., spéc. n° 44.

¹²⁹⁹ *Ibid.* V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 19 juin 2001, n° 99-13.395 ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 2013, n° 12-14.432. Cette affirmation pose la question de l'articulation de la règle d'interprétation *contra proferentem* (Art. 1190 C. civ. et art. L. 211-1 Code conso.) avec la sanction des clauses créant un déséquilibre significatif. Adde A.-M. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « L'interprétation du contrat d'adhésion », *RDC* 2019. 146.

¹³⁰⁰ Pour un exemple de prise en compte de la globalité du contenu contractuel pour déterminer le caractère abusif ou non d'une clause, V. Cass. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, n° 04-15.646, *Bull. civ. I*, n° 488 ; *RTD com.* 2007. 437, B. BOULOC.

¹³⁰¹ Cass. Com. 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurauchan* ; *D.* 2015. 997, S. TREARD ; p. 1021, F. BUY ; *AJCA* 2015. 218, G. CHANTEPIE ; *RTD com.* 2015. 486, M. CHAGNY ; *JCP E* 2015. 1207, S. LE GAC-PECH.

¹³⁰² Par ex. CA Paris, 4 juil. 2013, n° 12-07651, *loc. cit.* ; CA Paris, 1^{re} oct. 2014, n° 13-16336 ; *AJCA* 2014. 373, J.-L. FOURGOUX ; *RTD com.* 2014. 785, M. CHAGNY ; *RDC* 2015. 67, M. BEHAR-TOUCHAIS.

§2. Les prérogatives contractuelles à l'origine d'un déséquilibre significatif

288. Par la puissance que confère la prérogative sur la situation contractuelle, celle-ci apparaît comme un outil privilégié : le contractant maître du contrat, fort de sa supériorité dans le processus d'élaboration contractuelle, sera sans doute tenté d'y avoir recours pour asseoir sa domination. Il serait donc tentant d'interdire purement et simplement la stipulation des prérogatives dans ces situations. Néanmoins, la nécessité de la prérogative contractuelle, conçue comme un mécanisme d'adaptation, engage à une solution moins simpliste¹³⁰³. En outre, l'analyse des prérogatives contractuelles démontre que toutes ne confèrent pas à leur titulaire le même degré de puissance. Selon qu'elles obligent au maintien du lien contractuel dans des conditions différentes de celles initialement fixées, ou qu'elles permettent au *potentior* de s'en libérer, le degré d'assujettissement du sujet passif n'est pas le même (A). Les règles de validité qu'il faut leur appliquer varient selon la modification engendrée par l'exercice de la prérogative. Les prérogatives qui maintiennent le lien contractuel doivent être prohibées, sauf pour le *potentior* à justifier d'une *ratio stipulationis* cohérente avec l'opération économique. Les prérogatives qui mettent fin au lien contractuel sont, pour leur part, valides à condition d'être commutatives (B).

A. Distinction des prérogatives contractuelles offensive et défensive

289. Il serait inexact d'affirmer que toute prérogative contractuelle entraîne, par essence, un déséquilibre significatif. L'étude de la législation et de la jurisprudence va d'ailleurs en ce sens : la seule identification d'une puissance décisionnelle en faveur de la partie forte ne suffit pas à déclarer la clause abusive. L'étude de la législation et de la jurisprudence renseigne sur l'appréhension des critères de prohibition des prérogatives dans les situations d'adhésion (1). La nécessité d'une appréciation concrète de la prérogative s'explique. C'est que la mise en œuvre de la prérogative produire des degrés variés de gravité sur la situation du sujet passif. Ce n'est pas au regard de l'objet de la prérogative que celui-ci s'évalue mais au vu de l'effet, plus ou moins contraignant, auquel elle aboutit. Si le droit conféré au *potentior* s'assimile toujours à l'octroi d'une puissance sur la situation contractuelle, celle-ci s'impose comme une donnée variable selon l'effet produit : l'assujettissement du sujet passif connaît une gradation,

¹³⁰³ Égal. V. LEGRAND, « La modification unilatérale du contrat en droit de la consommation », *AJ contrat* 2020. 308.

selon que la modification a vocation à rompre les liens contractuels ou non. Il est alors possible de distinguer les prérogatives contractuelles sur ce fondement. Les unes sont qualifiées d'« offensives » en raison de la permanence de l'existence de la situation contractuelle malgré la modification engendrée. Les autres sont caractérisées comme « défensives » en raison de la coercition minimale qu'elles impliquent par la délivrance du sujet passif¹³⁰⁴ (2).

1) Les prérogatives abusives en droit positif

290. **Les prérogatives abusives.** En tant que droits potestatifs, c'est-à-dire droits de puissance, les prérogatives contractuelles pourraient être évaluées dans leur ensemble comme des clauses abusives¹³⁰⁵. Fondées sur un rapport juridique de passivité encore appelé sujétion, il n'est pas tolérable, à première vue, qu'elles procèdent d'un rapport factuel du même type. À l'opposé de ces considérations, la fonction adaptative qu'elles jouent dans le contrat est apparue non seulement nécessaire mais encore légitime, si bien qu'il serait possible de soutenir – avec quelque mauvaise foi – que leur stipulation dans le contrat, même conçu par adhésion, l'est tout autant. Aucune des deux hypothèses n'emporte la conviction. Bien que toute prérogative entraîne par essence un déséquilibre, rien n'indique qu'il soit systématiquement significatif, ce qu'un rapide examen de la loi et de la jurisprudence en la matière confirme. L'article R. 212-1 du Code de la consommation présume abusives, de manière irréfutable, les stipulations qui réservent « au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre »¹³⁰⁶. Pourtant, la Cour de justice de l'Union Européenne a tempéré l'absolutisme de la disposition. Elle a « enjoint au juge national de vérifier, “à la

¹³⁰⁴ Les termes de prérogatives « offensives » et « défensives » ont été utilisés par des auteurs auparavant, dans des sens distincts de celui que nous utilisons ici. V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 682 et s., p. 500 et s. : l'auteur qualifie de prérogative offensive par excellence le droit d'exiger la prestation promise par le débiteur, entraînant une obligation à la charge de celui à qui on l'oppose. À l'inverse, nous avons exclu de la catégorie des prérogatives contractuelles les droits ayant une substance obligationnelle (V. *supra*, n° 21 et s.). V. égal. F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, spéc. n° 8 et s., p. 714 et s. : cet auteur utilise également la distinction entre droits défensifs et offensifs, les prérogatives contractuelles (« droits potestatifs ») représentant la seconde catégorie.

¹³⁰⁵ V. C.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, *op. cit.*, spéc. n° 433.

¹³⁰⁶ Art. R. 212-1, 3°, C. conso. ; V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 28 mai 2009, n° 08-15.802 ; *RDC* 2009. 1430, D. FENOUILLET : est déclarée abusive la clause qui autorise une banque à imposer « à tout moment » à son client, partie à une convention de compte de dépôt, « de retirer, faire retirer, ou bloquer l'usage de la carte ou ne pas la renouveler ».

lumière de toutes les clauses figurant dans les conditions générales”, si une clause litigieuse prévoyant la modification unilatérale de frais liés à une prestation de services était ou non assortie d'une information sur les raisons de cette variation et d'un droit pour le consommateur de mettre fin au contrat »¹³⁰⁷. De la sorte, une prérogative contractuelle en vaut bien une autre. Si la partie forte bénéficie du droit de modifier unilatéralement des frais sous réserve d'une exigence de motivation¹³⁰⁸, la partie faible peut mettre unilatéralement fin au contrat, ce qui selon la Cour rend à celui-ci son équilibre. Le raisonnement consiste à admettre une prérogative de modification du contenu obligationnel (en l'occurrence du quantum d'une obligation de paiement) en raison du caractère limité de la force obligatoire du contrat à l'égard de la partie faible qui peut à tout moment en sortir. Cette considération de la globalité du contrat n'est pas sans rappeler l'article 1189 du Code civil auquel se réfère l'article L. 212-1, alinéa 3 du code de la consommation. Elle suggère, à juste titre, que l'appréciation du déséquilibre significatif créé par une clause n'est pas étanche au reste du contenu contractuel¹³⁰⁹. Par ailleurs, la disposition précédemment citée déclare abusif le droit accordé au professionnel « de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur »¹³¹⁰. Dans le même sens, c'est la différence au détriment du consommateur du délai de préavis attaché au droit de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée qui rend la clause abusive¹³¹¹. Le défaut de réciprocité est ici en cause, non l'effet de la prérogative. En outre, l'absence d'une exigence de motivation est parfois à l'origine de son caractère abusif¹³¹². Ce constat ne prend pas pour autant des allures de règle immuable, la résiliation discrétionnaire étant autorisée par l'article R. 212-1 suscitée. Du côté du droit commercial, ont été déclarées abusives les prérogatives conférant un droit « de déréférencer un fournisseur unilatéralement, sans préavis ni indemnisation, en raison d'une sous-performance du produit qui est directement liée aux conditions dans lesquelles le distributeur le présente à la vente »¹³¹³. Ont également été déclarés abusifs le droit d'annulation unilatérale de la commande en cas de retard de livraison de plus d'une heure¹³¹⁴, ainsi que le droit de refus

¹³⁰⁷ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Répert. Dalloz Civ.*, V° Clause abusive, *op. cit.*, n° 42 ; CJUE 26 avr. 2012, *Invitel*, aff. C-472/10 ; égal. Cass. Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, n° 04-15.646, *Bull. civ. I*, n° 488, *loc. cit.*

¹³⁰⁸ Sur la motivation, V. *infra*, n° 419 et s.

¹³⁰⁹ V. égal. N. BLANC, « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019. 155, spéc. n° 10.

¹³¹⁰ Art. R. 212-1, 8° C. conso.

¹³¹¹ Art. R. 212-1, 10° C. conso. ; Pour une application, V. Cass. Civ. 1^{re}, 23 janv. 2013, n° 10-28.397 et n° 11-11.421.

¹³¹² Cass. Civ. 1^{re}, 23 janv. 2013, *loc. cit.* : est déclarée abusive la clause qui confère le droit discrétionnaire au professionnel (la Banque) de délivrer une carte bancaire.

¹³¹³ Cass. Com. 3 mars 2015, *Provera*, *loc. cit.* ; V. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *op. cit.*, n° 13.

¹³¹⁴ CA Paris 1^{er} oct. 2014, *loc. cit.* ; *Ibid.*

unilatéral de la livraison de la commande « dès lors que la durée de conservation des produits est inférieure à celle des produits livrés antérieurement »¹³¹⁵. C'est alors l'extravagance des motifs qui semble en cause.

Une première conclusion s'impose au vu de l'échantillon présenté. La dimension casuistique de la caractérisation des prérogatives abusives est importante. Leur rédaction, la globalité des stipulations ainsi que la cohérence de la modification permise avec l'opération organisée sont autant d'éléments à prendre en compte. Ce faisant, une tentative de systématisation rigide du traitement des prérogatives contractuelles dans les situations d'adhésion serait vaine et inutile. En dépit de cet apparent galimatias, il est possible de présenter un guide d'identification des prérogatives abusives. À la lumière des listes de clauses abusives élaborées par le législateur, des décisions jurisprudentielles connues et de la littérature doctrinale relative au sujet, certains principes directeurs peuvent être proposés.

2) Les prérogatives contractuelles offensives et défensives

291. À partir de la classification des prérogatives fondée sur le critère de l'effet, une distinction nouvelle peut être opérée. Elle permet d'exprimer les degrés divers d'assujettissement auxquels le sujet passif est soumis. Les prérogatives offensives sont celles qui maintiennent ou consolident le lien contractuel (a). Les prérogatives défensives sont celles qui permettent d'en sortir (b).

a) Les prérogatives contractuelles offensives

292. **Modification du contenu contractuel obligationnel.** Les prérogatives de modification du contenu contractuel s'apparentent à des droits plus contraignants que les prérogatives de modification du lien contractuel¹³¹⁶. En effet, lors de la mise en œuvre des premières, le sujet passif reste tenu par le lien obligatoire du contrat pour un contenu modifié par rapport à son état initial. La « liste noire » des clauses abusives inclut le fait pour le professionnel de se « réserver [...] le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat

¹³¹⁵ *Ibid.*

¹³¹⁶ Sur cette distinction, V. *supra*, n° 176 et s.

relatives [...] aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre »¹³¹⁷. Les prérogatives de modification du contenu obligationnel sont ici visées : tant la modification de l'objet de l'obligation que celle de son quantum sont particulièrement rudes pour le sujet passif qui se trouve être la partie faible. Le contrat n'est pas constitué d'obligations uniquement mais les obligations en sont le cœur, puisque c'est avant tout dans ce but que les parties contractent¹³¹⁸. Dès lors, insérer une incertitude par la possibilité de faire varier leur objet, leur quantum ou leur existence même, peut s'avérer redoutable pour qui ne l'a pas réellement voulu.

293. Modification du contenu contractuel non obligationnel. La modification du contenu non obligationnel a des conséquences importantes, dans la mesure où le sujet passif reste obligé pour des stipulations au contenu fluctuant. D'ailleurs, la « liste grise » des clauses abusives rend suspectes les stipulations qui réservent au professionnel « le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues [dans la liste noire] »¹³¹⁹. C'est également le cas de celles qui visent à « permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur »¹³²⁰. Le législateur se préoccupe donc des prérogatives qui permettent la modification d'une position contractuelle, à condition que l'effet soit néfaste pour le consommateur ; et plus généralement des prérogatives qui impliquent une modification du contenu autre que la modification relative au prix, au bien ou au service. Ce parti-pris emporte notre adhésion : que penser d'une prérogative par laquelle un professionnel aurait le droit d'imposer au consommateur – ou un gros fournisseur d'imposer à un petit distributeur – un changement du lieu de livraison nécessitant pour la partie faible de parcourir de fortes distances, ou d'engager des frais supplémentaires ? C'est assurément sur le fondement du déséquilibre significatif que la stipulation devrait être réputée abusive.

294. Consolidation du lien contractuel. Dans le même sens, les prérogatives de consolidation du lien contractuel doivent être catégorisées parmi les prérogatives offensives.

¹³¹⁷ Art. R. 212-1, 3° C. conso.

¹³¹⁸ En ce sens, V. R. LIBCHABER, « Réflexion sur les effets du contrat », *op. cit.*, p. 211. Le contrat-organisation ou « contrat-concentration » semble cependant échapper à cette considération. V. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 69 et s., p. 56 et s.

¹³¹⁹ Art. R. 212-2, 6° C. conso.

¹³²⁰ Art. R. 212-2, 5° C. conso.

L'existence de la situation contractuelle se trouve renforcée ou rallongée, ce qui implique que son caractère obligatoire connaît la même évolution. En particulier, les prérogatives de modification de la durée sont citées dans l'article R. 212-1, 3° parmi la « liste noire » des clauses abusives. Cette considération s'explique : l'assujettissement du sujet passif est prégnant puisqu'il conservera sa qualité de cocontractant plus longtemps que prévu par l'effet d'une clause de reconduction ou de prorogation unilatérale. Aux mains d'une partie dominante, cette puissance s'avère dangereuse pour celui qui la subit. D'autres prérogatives de consolidation de la situation contractuelle présentent un certain danger lorsqu'elles n'ont pas fait l'objet d'une véritable rencontre de volontés librement négociée. Le droit d'option, par exemple, ne tire sa légitimité que de ce que le sujet passif a voulu et vu un intérêt au fait de laisser un temps de réflexion au *potentior* afin que ce dernier décide de lever l'option et de faire passer le contrat à son stade définitif. À l'inverse, le temps d'incertitude dans lequel est laissé le promettant (sujet passif) qui, lui, demeure tenu n'est pas tolérable si son cocontractant (*potentior*) le lui a imposé.

295. Inexistence de la prérogative de renonciation au bénéfice de la condition stipulée en faveur exclusive de la partie forte dans les situations contractuelles d'adhésion. La prérogative de renonciation à la condition stipulée en faveur exclusive du *potentior* pose une difficulté particulière. Elle permet elle aussi de faire entrave à l'extinction de la situation contractuelle. Cependant, sa classification est rendue compliquée par sa source légale. L'article 1304-4 du Code civil l'octroie à tout contractant tandis que les textes spéciaux sont silencieux à ce sujet. Faudrait-il conclure de ce mutisme à une admission de cette prérogative dans les situations d'adhésion ? La réponse est négative au regard de l'exigence requise pour mettre en œuvre ce droit. Ce n'est pas sur le fondement de l'objet de la décision, c'est-à-dire la faculté de renonciation, que le bât blesse, mais sur la qualification d'une condition stipulée au seul bénéfice de la partie forte. Celle-ci ayant élaboré le contenu du contrat sans négociation possible pour la partie faible, il est abusif de lui reconnaître le bénéfice exclusif d'une condition. La reconnaissance d'une situation d'adhésion ne doit pas conduire à reconnaître la condition dans le seul intérêt de la partie forte, puisque son introduction dans le contrat est le fait exclusif de la partie forte. La caractérisation de l'atteinte à la liberté contractuelle de la partie faible doit priver la partie forte de l'admission d'une condition considérée comme stipulée pour son bénéfice exclusif. Ainsi, toutes les conditions introduites dans les contrats d'adhésion ne pourraient être caractérisées que comme étant au bénéfice de toutes les parties, ou au bénéfice de la seule partie faible, compte tenu de l'élaboration unilatérale dont elle

résulte. Par conséquent, la prérogative de renonciation à une telle condition n'a pas droit de cité dans les situations d'adhésion. Elle ne trouve place ni parmi les prérogatives offensives, ni parmi les prérogatives défensives.

b) Les prérogatives contractuelles défensives

296. **Extinction du lien contractuel.** Les prérogatives contractuelles défensives sont celles qui engendrent l'extinction du lien contractuel. Que l'anéantissement du contrat puisse ne pas être souhaité par le sujet passif est le propre de la prérogative contractuelle. La libération corrélative qu'elle entraîne empêche cependant d'y voir une menace particulièrement forte. Cette affirmation suppose d'empêcher la brutalité dans la rupture du lien contractuel¹³²¹. Il n'est pas surprenant que les premières prérogatives contractuelles consacrées en droit français se classent dans cette catégorie. Tant au regard de la faculté de donner unilatéralement congé dans le bail verbal présente à l'article 1737 que de la révocation *ad nutum* du mandataire de l'article 2004, les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas semblé éprouver de défiance particulière face aux prérogatives de dissolution pour l'avenir. De la même façon, la consécration de la clause résolutoire par la jurisprudence en 1860¹³²² a démontré que la dissolution unilatérale du contrat pour inexécution ne constituait pas un risque suffisamment grand du point de vue du sujet passif pour la prohiber. Le nouvel article 1225 du Code civil engage, par ailleurs, à se fier à cette stipulation : l'arbitraire est rendu impossible. La disposition impose d'énumérer les engagements dont l'inexécution pourrait donner lieu à sa mise en œuvre. On ne peut donc pas ignorer la facilité avec laquelle l'extinction unilatérale du contrat a été acceptée. Cela s'explique par l'affranchissement des liens contractuels qu'elle implique. De la même façon, les prérogatives de repentir présentent un faible risque pour le sujet passif, puisqu'elles ont simplement vocation à empêcher le passage au caractère définitif du contrat. La situation contractuelle n'est même pas entrée dans sa phase d'exécution et l'exercice de ces prérogatives a pour seule conséquence de revenir sur l'étape de sa création. On ne s'étonne pas non plus de la multitude des facultés de

¹³²¹ La sanction de la rupture brutale est expressément prévue à l'art. L. 442-1, II C. com., ainsi qu'en droit commun grâce aux préavis imposés (par ex. art. 1211 C. civ.). V. par ex. M. CHAGNY, « La confiance dans les relations d'affaires », *in La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, Coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2008, p. 35, spéc. n° 11, p. 41.

¹³²² Cass. Civ. 2 juil. 1860, *loc. cit.*

rétractation dans les situations d'adhésion, accordées par la loi à la partie faible¹³²³. L'adhésion est un consentement allégé ; elle doit pouvoir être retirée avec légèreté¹³²⁴.

B. Règles de validité des prérogatives contractuelles offensives et défensives dans les situations d'adhésion

297. Fonder la distinction entre les prérogatives offensives et défensives sur le degré d'assujettissement qu'elles impliquent pour le sujet passif induit une différence de régime. En raison du maintien des liens obligatoires du contrat, les prérogatives offensives font écho à la légitimité de leur finalité dans le contrat et, partant, à la volonté supposée de la partie faible. En revanche, l'extinction de la situation contractuelle permise par les prérogatives défensives s'apparente à un type de modification moins contraignant. Au surplus, l'utilité de ces prérogatives est généralisable à toutes les situations et à tous les contractants. Le caractère significatif du déséquilibre s'apprécie, alors, au regard de la réciprocité des droits. Ainsi, le traitement de ces deux catégories de prérogatives contractuelles répond à des logiques différentes. L'une s'appuie sur la légitimité de la prérogative au vu du rôle qu'elle remplit dans le contrat (1), et l'autre sur la recherche d'un équilibre contractuel minimal et objectif (2).

1) Principe de prohibition des prérogatives contractuelles offensives

298. **Prohibition.** Par principe, les prérogatives offensives doivent être analysées comme abusives au sein des situations d'adhésion. Leur éradication du contenu contractuel est la sanction la plus pertinente¹³²⁵. La justification de cette proposition semble assez intuitive : la persistance du lien contractuel malgré la modification unilatérale est tellement coercitive pour le sujet passif que si ce dernier n'a pas pu s'opposer à sa stipulation lors de l'élaboration du contrat, sa validité n'est pas envisageable. En d'autres termes, la stipulation de prérogatives

¹³²³ Par ex., art. L. 312-19 C. conso. en matière de crédit à la consommation ; Art. L. 224-91 C. conso. en matière de courtage matrimonial ; Art. L. 221-18 C. conso. en matière de vente à distance.

¹³²⁴ Rappr. D. FENOUILLET, « Choix d'option et droit de rétractation : les liaisons dangereuses », *RDC* 2018. 399, spéc. p. 401 : « le droit de rétractation fait partie de ces mécanismes que le droit octroie au consommateur non pas de façon générale, mais à titre spécial, pour le protéger de certains dangers spécifiques, liés soient à l'objet du contrat, soit à son mode de conclusion ».

¹³²⁵ En droit commun et en droit de la consommation, les clauses abusives sont réputées non écrites. En droit commercial, l'art. L. 442-4 C. com. dispose que la nullité des clauses peut être demandée, par la partie qui en est victime, par le ministre chargé de l'économie ou par le ministère public.

offensives est présumée être un abus de liberté contractuelle de la partie forte. C'est donc dans une dynamique de protection de la volonté de la partie faible que les prérogatives offensives sont encadrées. Comme vu précédemment, le législateur des articles R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation n'a pas ignoré le risque qu'il y aurait à admettre ces prérogatives. Il les a identifiées comme abusives de façon soit certaine, soit éventuelle. Leur particularité réside dans leur essence : la dimension significative du déséquilibre engendré par la décision unilatérale repose sur le maintien de l'existence du lien contractuel en dépit de la modification.

299. Exception fondée sur la *ratio stipulationis* de la prérogative offensive. Certaines prérogatives offensives doivent néanmoins pouvoir être autorisées dans les situations contractuelles d'adhésion. C'est possible à condition, d'une part, qu'elles procèdent de la logique de l'opération organisée par les parties et, d'autre part, que leur exercice ne soit pas arbitraire¹³²⁶. C'est sur le fondement de la cohérence contractuelle que le juge pourrait admettre la validité d'une prérogative offensive¹³²⁷. L'exigence de cohérence dont il est question dans ces lignes ne renvoie pas à la mise en œuvre de la prérogative¹³²⁸ mais renvoie à la légitimité de son existence dans la « mécanique intelligente » du contrat¹³²⁹. En effet, « une clause est abusive par ses effets sur le régime contractuel qu'elle risque de déséquilibrer. Elle ne peut donc qu'être rapportée à un contrat dont elle fausse le mécanisme »¹³³⁰. C'est pourquoi le juge devra scruter la *ratio stipulationis*¹³³¹ de la prérogative offensive. Les « clauses de prix catalogue », par exemple, peuvent trouver leur raison d'être dans des contrats avec des fournisseurs. Leur stipulation n'est pas nécessairement le symptôme d'un abus de liberté contractuelle de la part de ces derniers¹³³². De même, la clause qui permet au distributeur de faire varier unilatéralement le volume de commande d'un produit peut être valable dès lors

¹³²⁶ En revanche, la stipulation d'une indemnité n'éradique pas le caractère abusif de ces prérogatives par principe. D'une part, le prix de la prérogative aura été décidé par la partie forte, ce qui entérine la possibilité d'un prix « écran » ridiculement bas. D'autre part, quand bien même le montant fixé ne serait pas dérisoire, on a pu établir que payer le prix de la prérogative n'enrayait pas la puissance décisionnelle du *potentior*. V. *supra*, n° 46. Il reviendrait au juge, en pareil cas, de statuer sur le caractère abusif de ce type de prérogatives.

¹³²⁷ Dans le même sens, C.-M. PÉGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, *op. cit.* spéc. n° 452, p. 298 : « Le caractère injustifié ou justifié de la prérogative unilatérale conférée au professionnel influe sur le caractère abusif ou non de la clause qui l'organise. En effet, dès lors que la stipulation de cette prérogative s'explique par un motif légitime, elle perd ses caractères arbitraire et abusif ».

¹³²⁸ Sur l'exigence de bone foi, V. *infra*, n° 343 et s.

¹³²⁹ V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 670 et s., p. 490 et s.

¹³³⁰ L. AYNES, Chron. in *Dr. et Patr.* 2010, n° 194, p. 106.

¹³³¹ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 671, p. 491.

¹³³² En ce sens égal. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution », *op. cit.*, p. 28.

qu'elle s'inscrit dans la logique économique de leur opération¹³³³. La prérogative offensive doit jouir d'un esprit cohérent avec l'opération pour acquérir sa validité. Si « la pratique révèle [...] que les parties introduisent parfois dans la convention des clauses ouvertes qui ne servent pas un but spécifié »¹³³⁴, une telle manœuvre doit être empêchée dans les situations d'adhésion. La partie forte devra alors prouver la cohérence de la prérogative offensive avec l'accord global afin d'échapper à son éviction.

300. Existence d'une faculté de résiliation unilatérale au bénéfice de la partie faible. Les prérogatives offensives semblent peuvent être équilibrées compte tenu des prérogatives accordées en contrepartie à la partie faible. Comme dit précédemment, la jurisprudence a pu rejeter le caractère abusif de certaines d'entre elles au motif qu'une faculté de résiliation unilatérale était laissée au bénéfice de cette dernière. L'argument se comprend : la dimension offensive des prérogatives visées s'explique par le maintien forcé de l'existence du contrat en dépit de la modification. Cependant, si le sujet passif peut briser le lien contractuel, le déséquilibre perd de sa grandeur. Accorder à la partie faible le droit de dissoudre le contrat peut faire obstacle aux sanctions des clauses abusives¹³³⁵. La validité des prérogatives offensives lorsqu'elles sont doublées d'un droit de résiliation unilatérale appelle, toutefois, certaines réserves. En effet, la prérogative de résiliation unilatérale peut faire office de cache-misère en raison de la dépendance d'un contractant à l'égard de l'autre, en particulier dans les rapports entre professionnels. La partie forte pourrait donc jouer de sa domination pour introduire un droit de résiliation unilatérale qu'elle sait inutilisable pour la partie faible. Dès lors, il revient au juge d'opérer ce contrôle : la possibilité de rompre le contrat pour la partie faible est-elle réelle ? Pour ce faire, il peut s'aider des différents types de déséquilibres factuels identifiés : une inégalité de connaissance n'exprime pas de dépendance tandis qu'une inégalité de besoin la suggère par exemple¹³³⁶. De la même manière, une prérogative de dissolution impliquant un long préavis ou une contrepartie financière ne peut suffire à déroger au principe de prohibition. *In fine*, c'est le degré d'assujettissement de la

¹³³³ Par ex. Cass. Com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086, *Bull. civ. IV*, n° 143, *loc. cit.* : cet arrêt ne sanctionne pas l'existence de la clause de variation des volumes de commandes, mais son exercice déloyal afin de contourner le préavis imposé pour la rupture unilatérale du contrat.

¹³³⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 672, p. 492.

¹³³⁵ En ce sens, C.-M. PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive*, *op. cit. spéc.* n° 456, p. 302.

¹³³⁶ Le juge pourra alors s'appuyer sur l'article L. 212-1 C. conso qui dispose que « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion ».

partie faible qu'il faut évaluer pour contrôler le caractère abusif de la prérogative offensive face à une prérogative de résiliation unilatérale.

2) *Prohibition des prérogatives défensives non commutatives*

301. Les prérogatives défensives ont été caractérisées par le degré moindre d'assujettissement qu'elles imposent au sujet passif ; leur admission n'est pas pour autant érigée en principe. En effet, ce n'est qu'en étant commutatives qu'elles pourront échapper à la prohibition des clauses abusives. Au regard de l'article 1108 du Code civil, la commutativité renvoie à l'équivalence¹³³⁷. Monsieur Chénédé a montré l'évolution de la notion et ses dévoiements¹³³⁸. L'idée de « justice commutative » relève du principe de réciprocité¹³³⁹. Traditionnellement associée à Aristote, c'est en réalité à Thomas d'Aquin que l'on doit la traduction de la notion de « justice corrective » en « justice commutative »¹³⁴⁰. La commutativité est généralement associée à l'égalité arithmétique. Il s'agit d'évincer la proportionnalité propre à l'idée de « justice distributive » pour faire place à l'équipollence, c'est-à-dire la correspondance, la symétrie. Dès lors, l'équivalence est objective. L'exigence de commutativité des prérogatives défensives doit se comprendre comme une double condition *ad validatem* de réciprocité de la stipulation et d'identité *a minima* de ses règles de mise en œuvre.

302. **Justification des conditions *ad validatem*.** Les prérogatives défensives permettent de briser le lien contractuel et la force obligatoire qui lui est corrélée. Par conséquent, elles font l'objet d'une prohibition qui repose, non pas sur leur essence, mais sur leur distribution dans le contrat. La puissance qu'elles confèrent n'est pas choquante, dès lors qu'elle est partagée. C'est en raison du défaut de réciprocité, d'une part, et d'équivalence, d'autre part, que ces prérogatives risquent d'être sanctionnées. Contrairement aux prérogatives offensives dont les fonctions ne sont pas utiles à tout contractant et en toutes circonstances, les prérogatives défensives remplissent un rôle universel : elles présentent le même avantage quel que soit le type de contrat, l'opération projetée et les positions contractuelles. Tout contractant n'a pas d'utilité à pouvoir faire varier le contenu du contrat,

¹³³⁷ Dans cette disposition, la commutativité est toutefois subjective puisqu'il s'agit, pour les cocontractants, de se procurer des avantages « regardés » comme des équivalents.

¹³³⁸ V. not. F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé*, op. cit., n° 2 et s., p. 2 et s.

¹³³⁹ V. par ex. S. Le GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, op. cit., n° 45, p. 33 ; J. GHESTIN et H. BARBIER, *Traité de droit civil, Introduction générale*, t. 1, LGDJ, 5^e éd., 2018, spéc. n° 48.

¹³⁴⁰ D'après F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé*, op. cit., n° 7-8, p. 9-10.

ni à exercer une puissance sur la consolidation de son existence. Tous les contractants voient, en revanche, le besoin qu'ils pourraient avoir de rompre le lien du contrat. Cet aspect explique le régime de validité auquel les prérogatives défensives doivent être soumises. À cet égard, on ne peut nier que la dimension téléologique de ce régime renvoie davantage à la recherche d'un équilibre dans le contrat, plutôt qu'au respect de la volonté présumée de la partie faible¹³⁴¹. Le principe de prohibition des prérogatives offensives repose sur l'idée que le sujet passif doit être en pleine possession de sa liberté contractuelle pour accorder une telle puissance à son cocontractant. À défaut, l'avantage que ce dernier s'est arrogé est immédiatement suspecté d'être un abus de liberté contractuelle. En matière de prérogatives défensives, un autre raisonnement doit être tenu. Les droits d'extinction de la situation contractuelle sont utiles à tous, si bien que le combat contre le déséquilibre significatif s'appuie sur l'absence d'équivalence de ces droits entre partie faible et partie forte. La recherche d'un équilibre contractuel est « d'essence objective. Ce n'est pas au travers de la volonté des parties ou des contingences textuelles qu'il doit s'apprécier mais en fonction d'une espèce d'équilibre idéal »¹³⁴². Ainsi, tandis que dans les situations contractuelles de gré à gré, l'équilibre est subjectif et concerne l'ensemble du contenu contractuel, en matière de prérogatives défensives dans les situations d'adhésion, l'équilibre est objectif. Dès lors, la contrepartie de la prérogative défensive doit également être objective, menant ainsi aux exigences de réciprocité et d'équivalence.

303. Condition de réciprocité. La réciprocité renvoie à l'attribution de la prérogative à toutes les parties au contrat. Lorsque la partie forte est *potentior* d'une prérogative défensive, la partie faible doit l'être également. L'exigence de réciprocité est exprimée au sein de la « liste noire » du Code de la consommation. D'une part, est présumée abusive la clause qui confère au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat sans conférer la même prérogative à la partie faible¹³⁴³. D'autre part, est prohibée la clause qui interdit au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service¹³⁴⁴. Cette dernière proposition, bien que moins explicite, revient à poser une exigence de réciprocité à l'égard d'une prérogative défensive.

¹³⁴¹ Rapp. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 364 et s., p. 307 et s.

¹³⁴² *Ibid.*, spéc. n° 366. Égal. L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, op. cit., n° 326 et s., p. 217 et s.

¹³⁴³ Art. R. 212-1, 8° C. conso.

¹³⁴⁴ Art. R. 212-1, 7° C. conso.

Elle vise la faculté offerte à tout contractant et, par là même, au professionnel, de « demander » la résolution pour inexécution du contrat. Le verbe employé par le législateur tend à impliquer une action en justice. Cependant, il ne fait aucun doute que la résolution unilatérale de l'article 1226 du Code civil doit être incluse dans son champ d'application. Dès lors, il s'agit bien, via une stipulation, de priver la partie faible de son droit de résoudre unilatéralement le contrat pour inexécution tandis que le professionnel en bénéficierait du fait de la loi. Cette stipulation étant abusive, sa prohibition revient à imposer la réciprocité de la prérogative de résolution par notification. Ces exemples sont issus du seul droit de la consommation, mais la logique qui les innerve s'étend au delà de ce domaine, à toutes les situations d'adhésion. Ainsi, une prérogative défensive ne peut être allouée à la partie forte, sans que la partie faible ne puisse en bénéficier.

304. **Condition d'équivalence *a minima*.** Outre la condition de réciprocité, une exigence d'équivalence *a minima* des conditions de mise en œuvre de la prérogative défensive doit être posée. La commutativité suppose que l'exercice de la prérogative défensive ne soit pas rendu plus aisé pour la partie forte que pour la partie faible. Il va sans dire que le déséquilibre inverse est autorisé, puisqu'il se fait en faveur de la partie faible¹³⁴⁵. Là encore, le droit de la consommation exprime cette idée qui ne doit pourtant pas être réduite à son domaine d'application. La « liste grise » des clauses abusives l'énonce même de façon générale après en avoir détaillé certaines manifestations¹³⁴⁶. Ainsi, la prérogative de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée qui prévoit un délai de préavis supérieur pour la partie faible que pour la partie forte est incontestablement abusive¹³⁴⁷. Il en est de même de la clause qui limite le droit de résiliation en le subordonnant au versement d'une indemnité au professionnel¹³⁴⁸. Ce dernier bénéficie de cette faculté sans qu'une indemnité monétaire soit exigée en vertu de l'article 1211 du Code civil, si bien qu'il doit en être de même pour le consommateur ou le non-professionnel. La faculté pour le professionnel de pouvoir résilier le contrat sans préavis est également censurée puisque la partie faible est soumise au respect d'un délai raisonnable en vertu de la disposition de droit commun précitée¹³⁴⁹. La rupture brutale est empêchée par ce biais. De façon générale, la prérogative défensive ne doit jamais

¹³⁴⁵ En outre, restreindre les prérogatives accordées spécifiquement par la loi à la partie faible est prohibé. Il en va ainsi des facultés de rétractation par exemple (art. L. 221-29 C. conso.).

¹³⁴⁶ Art. R. 212-2, 8° C. conso.

¹³⁴⁷ Art. R. 212-1, 10° C. conso.

¹³⁴⁸ Art. R. 212-1, 11° C. conso.

¹³⁴⁹ Art. R. 212-2, 4° C. conso.

pouvoir être mise en œuvre sans respecter un certain délai. L'exigence d'équivalence est enfin exprimée au regard du montant prévu pour une faculté de dédit, qui doit être identique pour chacune des parties¹³⁵⁰. L'équivalence dont il est question est objective, la partie faible devant bénéficier des mêmes conditions, sinon de meilleures conditions, que celles que s'est arrogées la partie forte. La recherche d'équilibre procède donc tant de la réciprocité que de l'identité des prérogatives défensives.

305. Sanction de l'absence des conditions *ad validatem*. En cas de manquement aux conditions cumulatives énoncées, la prérogative défensive est abusive. Elle doit, alors, être réputée non écrite. Il était *a priori* possible d'envisager un effet additif dans le contrat en réponse à l'absence de commutativité d'une prérogative défensive, mais c'est peu souhaitable. En effet, c'est souvent à la faveur de l'exercice d'une clause qu'un litige naît concernant son caractère abusif ou non. Les prérogatives défensives ont pour effet l'extinction de la situation contractuelle. Par conséquent, sanctionner leur caractère abusif par un forçage du contrat garantissant à la partie faible le même droit serait totalement dépourvu d'efficacité. La sanction prendrait un aspect chimérique et permettrait la prolifération de telles dérives. En revanche, réputer non écrite la prérogative défensive de la partie forte lorsqu'elle n'est pas commutative permet d'atteindre l'objectif de lutte contre les prérogatives défensives abusives. Cela opère un retour à l'équilibre contractuel.

306. Conclusion de la section. L'admission des prérogatives contractuelles stipulées par les contractants se justifie schématiquement par le fait qu'elles résultent d'une confrontation des intérêts du sujet passif et du *potentior*. Cette admission implique l'élaboration commune et concertée du contrat. Lorsque la conclusion du contrat s'inscrit dans un rapport de forces tel que l'une des parties est exclue du processus de négociation, l'admission de principe des prérogatives contractuelles ne se justifie plus. Cette exclusion procède d'un déséquilibre factuel qui peut avoir plusieurs causes. Elles se résument à des inégalités de connaissance et des inégalités économiques. Ce faisant, la situation juridique qui en résulte altère la conception du contrat comme création issue d'une rencontre des volontés. Une *summa divisio* apparaît. Elle permet de distinguer entre les contrats de gré à gré et les situations d'adhésion. Ces dernières sont des actes juridiques auxquels l'une des parties adhère à défaut de pouvoir participer à sa conception. Elles nécessitent un régime

¹³⁵⁰ Art. R. 212-2, 2° C. conso.

spécifique. En particulier, la liberté contractuelle est restreinte. La stipulation de prérogatives contractuelles connaît des limites nouvelles, fondées sur la notion de déséquilibre significatif¹³⁵¹. Le régime de validité des prérogatives dans les situations d'adhésion repose sur une distinction, fondée sur le degré d'assujettissement qu'elles impliquent pour la partie faible. Les prérogatives offensives ont été caractérisées par le maintien ou le renforcement des liens obligatoires du contrat. En dépit ou à cause de la modification qu'elles engendrent, le sujet passif reste pieds et poings liés par la situation contractuelle modifiée. Elles doivent être prohibées, à moins que la partie forte rapporte la preuve d'une *ratio stipulationis* conforme à l'opération dans laquelle elles s'inscrivent. Les prérogatives défensives ont pour effet de mettre fin à la situation contractuelle, si bien que la liberté retrouvée du sujet passif suppose un assujettissement moins marqué. Bien que tenu par la modification produite, le sujet passif voit les liens qui l'enserraient se dénouer. La validité des prérogatives défensives repose sur le constat d'un équilibre contractuel. C'est par le biais de la commutativité qu'elles pourront échapper à la sanction qui leur serait sinon réservée.

307. **Conclusion du chapitre.** L'admission de la prérogative contractuelle connaît deux obstacles majeurs, chacun lié à la notion de consentement. Le consentement est un démiurge qui constitue le « cœur de l'acte contractuel depuis le tournant de la modernité »¹³⁵². Cet acte de volonté fait naître l'acte juridique, ce pourquoi il ne peut pas être manipulé par les parties. C'est le premier type d'interdits identifiés. L'adaptation du consentement ne fait pas sens. En cela, les prérogatives contractuelles qui modifient le consentement sont prohibées. La condition potestative suspensive en constitue une illustration. Elle concentre une contradiction intrinsèque et concomitante avec l'engagement au contrat. Il en va de même, par exemple, des prérogatives qui permettent au *potentior* de vider de leur substance les obligations dont il est débiteur. Le second type d'interdits est relatif à l'absence de consentement au contrat, remplacé par une adhésion de l'une des parties. La notion d'adhésion renvoie à un consentement sous contrainte. C'est là une autre forme de contradiction interne. Elle exprime l'impossibilité subie par cette partie de participer à l'élaboration au contrat. Elle ne peut pas porter la défense de ses intérêts au contrat. La stipulation des prérogatives contractuelles en

¹³⁵¹ Une étude mériterait d'être menée sur les prérogatives contractuelles « qui avancent masquées » au sein des situations d'adhésion. Il arrive que, sous couvert d'un consensus simulé requérant l'acceptation formelle de la partie faible, la partie forte puisse imposer des modifications unilatérales, notamment dans ses conditions générales d'utilisation. Les réseaux sociaux en constituent un exemple probant, qui ont des implications notamment en matière d'utilisation des données personnelles des utilisateurs.

¹³⁵² T. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », *op. cit.*, n° 4.

devient suspecte. Pour pallier cette déficience, le législateur doit se faire la voix des intérêts de la partie faible. Les règles de validité des prérogatives sont donc plus restreintes dans les situations d'adhésion. Sanctionnées au titre du déséquilibre significatif, leur prohibition est fonction du degré d'assujettissement qu'elles impliquent. L'utilité que présentent certaines prérogatives rend, cependant, possible leur survie, subordonnée à des conditions.

308. **Conclusion du Titre.** La conception traditionnelle du contrat impliquait une antonymie entre la puissance décisionnelle, par définition unilatérale, et le contrat, théâtre du consensus. Puisque « le contrat résulte d'un accord de volonté et non d'une volonté unilatérale »¹³⁵³, il y aurait lieu de faire taire les voix solitaires qui entendraient s'exprimer une fois le contrat formé. Plus grave encore, le rapport de passivité forcée que la prérogative organise entre son bénéficiaire et celui qui la subit peut être vu comme le résultat d'un rapport de force en faveur du *potentior*, voire d'une forme de servitude volontaire de la part du sujet passif. De surcroît, la figure contractuelle, originellement conçue comme instantanée donc inamovible, est remise en cause dès lors que la décision a pour conséquence la modification d'une stipulation originelle. Pourtant, l'admission de la prérogative contractuelle s'impose au regard de l'évolution du modèle contractuel. La conception instantanéiste du contrat a laissé place à une conception évolutive. L'incidence du temps et des changements qu'il insuffle sur la « mécanique intelligente » que le contrat constitue est devenue indéniable. Par conséquent, l'introduction de mécanismes d'adaptation des stipulations contractuelles s'affirme comme une nécessité. La recherche de souplesse est matérialisée par l'introduction de règles flexibles et incomplètes, que la prérogative permet d'adapter en temps voulu. Partant, la prérogative contractuelle permet la continuité de l'utilité du contrat, donc de sa raison d'être. Les contractants ne sont pas les vassaux de leur situation contractuelle d'origine mais peuvent, au temps de l'exécution, rester maîtres de leur chose. L'étude des différentes prérogatives contractuelles démontre que l'adaptabilité du contrat est organisée par la loi et par les contractants dans tous les aspects de la situation contractuelle. Le contrat ne se réduit donc plus au moment éphémère de sa formation mais connaît différentes phases de vie. Cette dissociation explique que l'exigence de consensus n'ait pas la même valeur selon l'étape à laquelle elle est mobilisée. La *potestas* contractuelle est admissible une fois la situation contractuelle créée. À l'inverse, l'impérativité du consensus pour sa formation justifie qu'aucune puissance unilatérale ne puisse valablement l'altérer. La prérogative ne peut pas

¹³⁵³ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 2, p. 3.

modifier le consentement irrémédiablement donné. L'intérêt que représente la prérogative contractuelle est légitimé par le droit positif lorsque le législateur la consacre ; il l'est également quand les contractants conviennent de la stipuler. Ce n'est qu'au sein des situations d'adhésion que la défiance se justifie. Le besoin d'adaptation du contrat se heurte au risque d'un déséquilibre intolérable parce qu'imposé par la contrainte. Le traitement des prérogatives contractuelles doit être adapté à ce mode de formation spécifique. Pour autant, le droit positif les admet dans une certaine mesure et sous certaines conditions. Par-delà ces situations spécifiques, les prérogatives contractuelles sont faiblement prohibées. C'est là une confirmation de la nécessité à laquelle elles répondent. Leur existence ainsi comprise, c'est leur exercice qu'il faut explorer. La puissance d'adapter le contrat n'est ni destinée à la sauvagerie, ni destinée à l'abnégation. Le droit positif investit un espace intermédiaire qu'il convient de saisir.

Partie 2 : Exercice de la prérogative contractuelle

309. L'admission de la prérogative contractuelle en droit positif n'est pas un blanc-seing donné au *potentior*. « Il y a des règles du jeu »¹³⁵⁴. La puissance qui lui est reconnue n'est pas un appel au caprice mais à la rationalité pour que l'utilité du contrat perdure. La défense de ses intérêts n'empêche pas de subordonner l'exercice de la prérogative à des conditions dont l'irrespect engendre des sanctions. La condition est un terme dont on use ici et là pour désigner ce qui a trait à la maîtrise d'un droit à chaque stade de sa vie juridique. Elle soumet le droit auquel elle est rattachée et, en ce sens, le tempère. Le titulaire du droit n'est pas le maître incontesté de son devenir : sa validité, son existence et son exercice sont limités par le jeu des conditions. En matière de prérogatives contractuelles, porteuses par essence de *potestas*, les conditions s'avèrent déterminantes. La validité et l'existence des prérogatives contractuelles ayant été précédemment traitées, c'est sur les conditions d'exercice qu'il convient désormais de se concentrer. Celles-ci se distinguent des conditions de validité et d'existence d'un point de vue chronologique en ce qu'elles apparaissent au dernier stade de la vie du droit, une fois celui-ci licite et prêt à être exercé. Elles s'en distinguent également du point de vue de leur contenu, en ce qu'elles s'apparentent aux contraintes imposées pour une mise en œuvre régulière de la prérogative. Ainsi, les conditions d'exercice de la prérogative doivent être étudiées (Titre 1). Leur méconnaissance engendre des sanctions. L'exercice de la prérogative contractuelle a été décrit comme un acte unilatéral qui prend naissance et s'incorpore dans un acte plurilatéral : le contrat. Les sanctions attachées à la violation des conditions d'exercice intègrent ces deux aspects. La neutralisation¹³⁵⁵ de l'exercice de la prérogative ne peut pas être traitée indépendamment de son contexte de mise en œuvre. Il faut envisager les conséquences de l'exercice irrégulier de la prérogative sur le rapport qu'entretiennent les parties et plus généralement sur les suites qu'il convient de donner à la situation contractuelle. C'est donc le régime de l'exercice de la prérogative contractuelle qu'il convient d'analyser (Titre 2).

¹³⁵⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 40, p. 75.

¹³⁵⁵ V. le Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juil. 2007, op. cit.

TITRE 1 : CONDITIONS D'EXERCICE DES PREROGATIVES CONTRACTUELLES

310. Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles procèdent de deux exigences principales, la première liée à la titularité et la seconde liée à la bonne foi. La première est évidente : pour exercer un droit, quel qu'il soit, encore faut-il être compétent, c'est-à-dire en être titulaire. Comprendre comment la prérogative est attribuée aux contractants permet de mieux saisir sa fonction dans le contrat. L'analyse de la titularité de la prérogative contractuelle suppose de qualifier le rapport juridique qui unit le *potentior* à son droit. Les tentatives de classification des prérogatives contractuelles dans les catégories classiques de droits subjectifs ont révélé leur diversité. En dépit des errements catégoriels propres à la nouveauté de leur consécration en droit positif¹³⁵⁶, les prérogatives contractuelles ont pu être qualifiées de droits potestatifs extra-actifs, qui relèvent de l'espèce des droits subjectifs. La prérogative crée un lien entre deux sujets de droit, dont l'un est passif et l'autre actif. Le titulaire se définit comme « le détenteur en nom (en titre), investi en personne, désigné (par la loi, le contrat, etc.) comme sujet actif d'un droit »¹³⁵⁷. L'identification d'un rapport d'appartenance entre le sujet et le droit connaît diverses formes. L'analyse du déclenchement de son exercice et de la répartition de ses effets sur les membres du contrat permet d'envisager l'issue des conflits qui peuvent naître. Au-delà de l'identification du titulaire de la prérogative, la qualité de *potentior* s'acquiert et se perd, s'échange ou se partage, au gré de la vie contractuelle et des rapports entre les contractants. La condition de titularité de la prérogative contractuelle doit ainsi être explorée (Chapitre 1).

La seconde exigence correspond au principe directeur de bonne foi dans l'exécution du contrat. La jurisprudence *Les Maréchaux*¹³⁵⁸ n'a pas seulement érigé la prérogative contractuelle en notion de droit positif ; elle a également esquissé un régime qui fait de la loyauté la condition *sine qua non* d'exercice de ces droits. En se fondant sur « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi » et au visa de l'article 1134 du Code Napoléon, la Chambre commerciale a affirmé que le juge est autorisé à « sanctionner

¹³⁵⁶ Certaines prérogatives se caractérisent par leur patrimonialité tandis que d'autres, sans valeur économique déterminable et incessibles, s'imposent comme des droits extrapatrimoniaux. En outre, si la prérogative contractuelle relève d'un lien de droit entre des personnes déterminées – le *potentior* et le sujet passif –, sa différence structurelle avec le droit de créance empêche d'assimiler leurs objets : décision pour l'une et prestation pour l'autre.

¹³⁵⁷ V. « Titulaire », in *Vocabulaire juridique*, op. cit.

¹³⁵⁸ Cass. Com. 10 juil. 2007, loc. cit.

l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle ». Maintes fois réitérée¹³⁵⁹, la règle issue de l'arrêt du 10 juillet 2007 semble acquise¹³⁶⁰, bien que législateur de la réforme du droit des contrats ne l'ait pas faite expressément sienne¹³⁶¹. Elle constitue une ligne directrice mais son contenu est incertain. Sa réalisation suppose d'étudier les manifestations jurisprudentielles de la mauvaise foi dans l'exercice d'une prérogative contractuelle. « C'est semble-t-il sur le terrain de la rupture des relations contractuelles que s'est enraciné le visa explicite de l'article 1134 alinéa 3 » du Code civil¹³⁶², pour se déployer ensuite au cours de la poursuite de ces relations¹³⁶³. La multitude des applications particulières du principe incite à s'interroger sur la fonction qu'il doit remplir compte tenu de la spécificité des prérogatives contractuelles. Face à l'adaptation du contrat réalisée, le sujet passif doit pouvoir anticiper. Face à la confiance accordée lors de la formation du contrat, le sujet passif ne doit pas être trompé. C'est donc au regard du principe de bonne foi que les conditions de l'exercice des prérogatives contractuelles doivent être scrutées (Chapitre 2).

¹³⁵⁹ Par ex. Cass. Com. 19 juin 2019, n° 17-26.635 ; Com. 3 mai 2018, n° 16-20.741 ; Civ. 3^e, 15 déc. 2016, n° 15-22.844 ; Com. 24 nov. 2015, n° 14-20.512 ; Rapp. Civ. 2^e, 12 janv. 2017, n° 15-27.908.

¹³⁶⁰ La réitération constante de la règle par la jurisprudence confirme sa normativité en dépit de l'absence de codification (V. par ex. Cass. Com. 19 juin 2019, n° 17-26.635, *op. cit.*). V. égal. D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 642-7. Comp. D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées devenir ? » in *Mélanges en l'honneur de F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2007, p. 515, spéc. p. 532 et s.

¹³⁶¹ Néanmoins, la possibilité de saisir le juge en cas d'exercice abusif d'une prérogative de fixation unilatérale du prix est précisée aux articles 1164 et 1165 du Code civil. Le débiteur qui subit la résolution unilatérale concédée au créancier par l'article 1226 du même code peut, lui, saisir le juge à tout moment pour « la contester ».

¹³⁶² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 76, p. 76. V. égal. J. MESTRE, « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution » in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 21. V. aussi Y. PICOD, « La bonne foi et la clause résolutoire », *JCP G.* 1990. I.3447. F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois* 1993. 35433. Par ex. Cass. Civ. 3^e, 17 juil. 1992, *Bull. civ.* III, n° 254 ; D. 1992. 3999, J.-L. AUBERT : est déloyal le bailleur-*potentior* qui exerce la clause résolutoire après s'être délibérément abstenu de délivrer les quittances de loyers à ses locataires, les privant de la possibilité de récupérer des allocations et occasionnant ainsi directement les retards de paiements.

¹³⁶³ Par ex. Cass. Civ. 2^e, 22 fév. 2007, n° 05-19.754, *Bull. civ.* II, n° 41 : est de mauvaise foi l'assureur-*potentior* qui supprime de la liste les supports financiers les plus avantageux pour l'assuré et les plus coûteux pour lui-même dans le contrat d'assurance vie mutisupports. Il revient à l'assureur de supporter à titre principal la charge des plus-values réalisées par les assurés, V. J. SPERONI, « Contrats d'assurance vie mutisupports », *D. actu.* 13 mars 2007.

CHAPITRE 1. LA TITULARITE DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE

312. Être titulaire de la prérogative contractuelle s'annonce comme la première des conditions requises pour l'exercer valablement. Peu étudiée¹³⁶⁴, la notion de titularité se fonde dans celle de propriété pour les partisans de la théorie moderne¹³⁶⁵. Pour les tenants de la théorie classique de la propriété, en revanche, elle en constitue le palliatif lorsqu'elle a pour objet une « chose » incorporelle, en particulier un droit¹³⁶⁶. Par-delà ces controverses, l'étude de la titularité de la prérogative, c'est-à-dire de la qualité de *potentior*, ouvre un champ de questions insoupçonnées. L'aptitude à exercer une prérogative contractuelle interroge tant à l'endroit de sa détermination initiale qu'à l'heure de sa perte. Étudier la titularité de la prérogative contractuelle revient à se demander quel contractant est autorisé à exercer la prérogative. Contrairement à l'obligation, pour laquelle les qualités de créancier et de débiteur sont exclusives l'une de l'autre, les qualités de *potentior* et de sujet passif ne sont pas toujours clairement réparties. Chaque contractant peut être à la fois *potentior* et sujet passif d'une même prérogative détenue par toutes les parties au contrat. En outre, deux prérogatives distinctes peuvent se faire concurrence lorsque leurs effets respectifs ne se conjuguent pas. Le *potentior* est parfois titulaire de prérogatives antagoniques ; il peut également être le sujet passif de prérogatives qui entrent en conflit avec celles dont il est titulaire. La répartition de la puissance décisionnelle au sein d'une partie plurale n'est pas non plus exempte d'interrogations. La cotitularité de la prérogative oblige à s'interroger sur la répartition des effets de son exercice entre tous les membres du contrat. Ainsi, pour exercer valablement la prérogative contractuelle, il faut avoir la qualité de *potentior*, dont la détermination ne s'impose pas toujours avec la force de l'évidence (Section 1). Cette attribution initiale n'est pas immuable. Parce que la prérogative contractuelle est au service du contrat dans lequel elle s'insère et auquel elle est rattachée, la qualité de *potentior* peut être l'objet de transferts ou de pertes, provoqués ou subis. La titularité de la prérogative est donc sujette aux modifications,

¹³⁶⁴ V. cependant E. ROGUIN, *La science juridique pure*, t. II, Paris, 1923, n° 440 et s., p. 33 et s. ; I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, th. dactyl., Montpellier I, 2003 ; J. FOMETEU, « La notion juridique de titularité : un essai de conceptualisation », *Lamy, Droit de l'immatériel*, n° 27, 1^{er} mai 2007.

¹³⁶⁵ V. *supra*, n° 101.

¹³⁶⁶ J. FOMETEU, « La notion juridique de titularité : un essai de conceptualisation », *op. cit.* ; par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 730, note 1 : « Se dire propriétaire d'une créance, d'une part sociale, d'un patrimoine, n'est pas d'une langue juridique correcte ; on est titulaire, non pas propriétaire, parce que ce sont des droits, non des choses ». C. LARROUMET, *Les biens, Droits réels principaux*, Economica, 5^e éd., spéc. n° 24 : « le droit du créancier sur sa créance n'a rien à voir avec le droit du propriétaire sur la chose qui est soumise à son emprise [...] . Il ne s'agit de rien d'autre que d'une titularité du droit ».

qui posent la question des causes d'extinction d'une prérogative entre les mains du *potentior* (Section 2).

Section 1. Détermination de la qualité de potentior

313. Le plus souvent, la titularité des droits subjectifs n'est pas source de litige. La concurrence entre les sujets sur la titularité des droits personnels s'avère rare¹³⁶⁷. Elle connaît davantage de manifestations dans le domaine des droits réels, notamment en matière de propriété immobilière¹³⁶⁸. En droit des personnes, des exemples célèbres ont mis en lumière la revendication d'une titularité exclusive : comme le jugement du roi Salomon dans le récit biblique, le « procès des deux duchesses » se disputant la tutelle d'un orphelin de la guerre de 1870¹³⁶⁹ a montré que l'identification du titulaire d'un droit n'est pas toujours aisée. Les prérogatives contractuelles constituent un terreau en la matière. Parfois, le conflit n'est pas permis : le *potentior* est expressément désigné par le contrat voire par la loi, à l'exclusion de l'autre partie. Ainsi, l'article 1165 du Code civil désigne le créancier du prix comme bénéficiaire de la prérogative de fixation. De même, l'article 1307-1, alinéa 1^{er}, identifie le débiteur de l'obligation alternative comme *potentior* naturel, à moins que le contrat n'érige le créancier en titulaire de cette prérogative¹³⁷⁰. Il arrive, cependant, qu'un litige naisse au sujet du contractant pouvant mettre en œuvre la prérogative ou se prévaloir de l'acquisition de son effet, la modification de la situation contractuelle. Des conflits de titularité apparaissent. Ils peuvent survenir entre des parties concurrentes (§1) ou au sein d'une partie plurale (§2).

§1. Détermination *inter partes*

314. Tantôt exclusive, la titularité de la prérogative contractuelle s'explique par l'intérêt spécifique qu'elle protège et qui permet l'identification d'un *potentior* unique (A). Tantôt

¹³⁶⁷ Elle est inexistante entre créancier et débiteur d'une prestation déterminée, mais reprend de la vigueur entre plusieurs créanciers potentiels d'une même créance. C'est par exemple le cas de conflit entre cessionnaires successifs, régit par l'article 1325 du Code civil dans la cession de droit commun, et plus généralement par la règle *prior tempore* en tous domaines.

¹³⁶⁸ V. en ce sens E. ROGUIN, *La science juridique pure*, t. II, *op. cit.*, n° 440 et s., p. 33 et s.

¹³⁶⁹ *Ibid.* : « Le droit disputé peut aussi être complexe, comme celui d'être tuteur. Dans un procès célèbre, dit des deux duchesses, celle de Chevreuse revendiqua, avec succès, contre sa belle-fille, la duchesse de Luynes, pour cause d'indignité légale de celle-ci, le droit d'être tutrice du jeune duc de ce dernier nom, enfant dont le père avait été tué à Patay pendant la guerre de 1870-1871 ».

¹³⁷⁰ Cass. Req. 17 juill. 1929, *loc. cit.*

divise, la cotitularité¹³⁷¹ exprime l'appartenance de prérogatives identiques à chaque partie de la situation contractuelle, de sorte qu'il existe autant de *potentiores* que de parties au contrat. La concurrence entre les prérogatives détenues par chaque contractant oblige à élaborer un régime propre à hiérarchiser leurs exercices (B).

A. La titularité exclusive de la prérogative contractuelle

315. **L'identification du *potentior* exclusif.** Intuitivement, l'idée que la titularité exclusive de la prérogative naît de l'intérêt exclusif de l'une des parties à l'acquisition de la modification ne pose pas de grandes difficultés. Caractériser l'exclusivité d'un intérêt suppose, en revanche, davantage de réflexion. L'exemple topique est celui de la prérogative de renonciation à la condition prévue à l'article 1304-4 du Code civil. L'affaire est simple lorsque la clause ou la disposition désigne expressément la partie au bénéfice de laquelle la condition a été insérée dans le contenu contractuel¹³⁷². Les juges du fond se contentent de constater l'intérêt à la condition puis l'effet de la renonciation, sous peine de dénaturation¹³⁷³. L'affaire se corse lorsque la lettre de la condition n'indique pas qui en bénéficie. L'intérêt, d'un point de vue juridique, est une notion vacillante¹³⁷⁴. En cas de disposition légale, le juge

¹³⁷¹ V. K. AGBENOTO, « La cotitularité des droits », *LPA*, 15 juin 2011, n° 118, p. 4 ; P. BRIAND, « La cotitularité des obligations », *Dr. et patr.* 2016, n° 258, p. 80.

¹³⁷² M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 493, p. 370. Par ex., art. 1305-3 C. civ. qui dispose que « le terme profite au débiteur, s'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou des deux parties ». V. égal. art. L. 311-12 CCH qui précise que les conditions énumérées aux dispositions auxquelles l'article renvoie est au bénéfice exclusif du cessionnaire ou de l'acheteur.

¹³⁷³ Par ex. Cass. Civ. 3^e, 22 juin 2004, n° 03-10.736. *Comp.* Cass. Civ. 3^e, 17 avr. 1991, n° 89-15.627 : En l'espèce, « l'acte prévoyait que [...] la promesse deviendrait caduque à moins que la partie au profit de laquelle était prévue cette condition n'y ait auparavant renoncé ». Les juges du fond avaient estimé qu'en dépit du singulier utilisé dans le libellé de la clause, toutes les parties étaient intéressées au jeu de la condition, ce que la Cour de cassation approuve. Cité par M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 493, p. 370.

¹³⁷⁴ Au point que certains auteurs lui refusent l'entrée dans le domaine juridique, V. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 283, p. 183. L'intérêt a généralement été pensé par rapport à l'acte juridique. Il renvoie tour à tour aux notions d'avantage, de cause et d'objet. V. R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1990, n° 70 et s., p. 36 et s. Chacune de ces conceptions est problématique au regard de la notion de contrat. Cependant, lorsque l'on s'interroge sur la prérogative, l'intérêt renvoie à l'avantage que son titulaire pourrait retirer de la modification, étant entendu qu'il importe peu que cet avantage soit d'ordre économique ou non, ni que l'avantage soit effectivement retiré. En revanche, la notion d'objet, si elle est adaptée à l'intérêt au bénéfice de la prérogative, n'est pas efficiente. L'objet de la prérogative est la décision, or le *potentior* n'a pas, en soi, intérêt à la décision. C'est l'effet qu'il en retire qui lui confère sa valeur, quand bien même la modification serait obtenue par consensus. Enfin, la notion de cause, dans sa dimension subjective, doit être écartée. Le motif déterminant qui a poussé les parties à stipuler la prérogative peut être différent pour chacune. Par exemple, le sujet passif qui consent à la prérogative peut y retirer un avantage dans la stipulation d'une autre clause à son bénéfice cette fois.

procède à la recherche du bénéficiaire de la condition par référence à l'objectif du législateur¹³⁷⁵. Si elle est d'origine conventionnelle, l'interprétation s'impose comme la technique adéquate, censée permettre au juge de découvrir la volonté commune des contractants au jour de la formation du contrat¹³⁷⁶. Son appréciation est souveraine¹³⁷⁷. Des auteurs ont néanmoins proposé des classifications des conditions selon l'intérêt ou les intérêts que celles-ci servent, fondées sur des critères objectifs. Madame Rochfeld se réfère au type de contrat dans lequel s'inscrit la condition¹³⁷⁸, tandis que Monsieur Latina utilise la fonction de la condition¹³⁷⁹. Par extension, une nomenclature de présomptions simples d'intérêts aux prérogatives les plus usuelles pourrait être dressée. Elle rejoindrait les finalités « normalisées » ou objectives de ces mêmes prérogatives¹³⁸⁰. Par exemple, la prérogative de détermination unilatérale du prix a pour fonction générale de permettre au créancier d'adapter le prix au coût réel de sa prestation¹³⁸¹. À cet égard, la prérogative de l'article 1164 devrait être présumée stipulée au bénéfice exclusif du créancier du prix, à charge pour le débiteur de démontrer qu'il y avait également intérêt en l'espèce. En scrutant le bénéfice de la modification créée par l'exercice de la prérogative, son titulaire exclusif devient identifiable. De façon générale, la prérogative n'est pas stipulée abstraitement. Moins elle est usuelle, plus elle répond au besoin spécifique d'une partie qu'il convient de désigner comme *potentior*. À l'inverse, le foisonnement des prérogatives les plus courantes est vecteur de contentieux. En

¹³⁷⁵ LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 494 et 495, p. 371. Par ex., Cass. Civ. 3^e, 24 sept. 2003, *Bull. civ.* III, n° 164 ; *RTD civ.* 2003. 697, J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2004. 113, P.-Y. GAUTIER ; *AJDI* 2004. 151, S. PRIGENT ; *JCP N* 2004. 824, S. PIEDELIEVRE ; *LPA* 8 sept. 2004, n° 180, p. 4, I. TCHOTOURIAN : « les dispositions de l'article 312-16 du Code de la consommation sont édictées dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur ».

¹³⁷⁶ Sur l'interprétation du contrat, V. *infra*, n° 382 et s. Par ex. Cass. Civ. 3^e, 13 mars 2007, n° 06-13.197.

¹³⁷⁷ Par ex. Cass. Civ. 3^e, 24 mai 2005, n° 04-12.654.

¹³⁷⁸ J. ROCHFELD, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1999, *loc. cit.*, spéc. n° 18 : « la condition sera présumée stipulée dans l'intérêt des bénéficiaires d'un avant-contrat ; des acquéreurs dans le contrat de vente ; du preneur dans le contrat de bail... ».

¹³⁷⁹ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n°496 et s., p. 371 et s. : « compte tenu de la fonction de la condition, il serait envisageable de poser des présomptions simples face aux conditions typiques que l'on retrouve systématiquement en pratique. Ainsi par exemple, la condition d'obtention d'un permis de construire ou d'un certificat d'urbanisme ne révélant aucune servitude propre à restreindre l'usage de l'immeuble serait présumée ne servir que l'intérêt de l'acquéreur, à charge pour le vendeur de prouver qu'il avait également intérêt à ce que le contrat n'acquiert sa pleine efficacité que dans les circonstances prévues par la condition. Ce serait par exemple le cas si certaines des constructions envisagées étaient destinées au vendeur en guise de paiement. De même, la condition suspensive d'obtention d'un prêt, en dehors du domaine du droit de la consommation, devrait être présumée avoir été stipulée en faveur de l'acquéreur-emprunteur. À cela il pourrait être objecté que le vendeur a également intérêt à ce que l'acquéreur dispose des fonds nécessaires à l'acquisition qu'il envisage. Sans doute, mais si le vendeur a évidemment intérêt à être payé, peu lui importe en principe la provenance des fonds, l'acquéreur pouvant fort bien, par ailleurs, disposer de la somme nécessaire pour exécuter le contrat ».

¹³⁸⁰ V. *infra*, n° 389.

¹³⁸¹ V. toutefois *infra*, n° 401.

effet, ces prérogatives peuvent entraîner une attention moindre dans le libellé de leur rédaction, et des litiges quant aux parties susceptibles de s'en prévaloir, laissant croire parfois à une dissociation entre les qualités de titulaire et de *potentior* de la prérogative.

316. Rejet de la dissociation des qualités de titulaire et de *potentior* de la prérogative. La détermination de la qualité de *potentior* a pu sembler dépasser la détermination de la titularité. Si l'un des contractants est désigné par la clause ou la disposition comme étant le seul à pouvoir déclencher l'exercice de la prérogative, l'acquisition de son effet, c'est-à-dire la modification visée, peut être invoquée par le sujet passif. Dans ce cas, le titulaire de la prérogative a entamé la procédure contractuelle censée mener à l'exercice de la prérogative mais s'est finalement rétracté, et c'est le sujet passif qui se prévaut de l'acquisition de la modification. L'exercice de la clause résolutoire a illustré cette hypothèse. De jurisprudence constante, lorsque la clause résolutoire précise que la résolution aura lieu « si bon semble » au bailleur, le commandement de payer adressé au preneur resté infructueux n'entraîne pas *de facto* l'extinction rétroactive du contrat¹³⁸². Par extension, le déclenchement de la procédure contractuelle par l'envoi d'une mise en demeure qui vise la prérogative n'est pas apparié à la décision qui procède de l'exercice de la prérogative. De même que les parties peuvent reporter les effets d'un contrat, par exemple le transfert de propriété dans la vente, elles peuvent décaler l'exercice définitif de la prérogative en le dissociant des formalités d'exercice qui le précèdent¹³⁸³. Dès lors, le *potentior* conserve l'alternative que lui offre sa faculté décisionnelle après avoir adressé le commandement de payer ou la mise en demeure. Cet acte ne signifie pas l'exercice de la prérogative ; il ne joue qu'un rôle préventif, en ouvrant la possibilité de son exercice¹³⁸⁴. À l'inverse, dans d'autres cas d'espèce, la clause est rédigée de sorte que la mise en demeure manifeste l'exercice de la clause résolutoire si elle reste infructueuse. La décision du *potentior* de résoudre le contrat en cas de non-paiement des loyers échus est exprimée par l'envoi de la mise en demeure. L'exercice définitif de la prérogative est alors couplé au commencement de la procédure contractuelle prévue pour ce faire. Il est arrivé que le bailleur entende rétracter l'exercice de la prérogative tandis que le sujet passif se prévaut de l'acquisition de la résolution. Dans une espèce, la Cour de cassation rejette la prétention de ce dernier. Confirmant la décision des

¹³⁸² Cass. Civ. 3^e, 24 mars 1999, *Bull. civ.* III, n° 76 ; *AJDI* 1999.909, J.-P. BLATTER ; *RDI* 1999. 470, J. DERRUPPE ; *Defrénois* 1999. 1209, S. DUPLAN-MIELLET. Cass. Civ. 3^e, 3 avr. 2001, n° 99-18.679.

¹³⁸³ V. *infra*, n° 409 et s.

¹³⁸⁴ Sur la mise en demeure, V. *infra*, n° 416.

juges d'appel, elle estime que « la clause n'était pas stipulée dans l'intérêt exclusif du bailleur »¹³⁸⁵. Cependant, la motivation avancée est incorrecte. Elle suppose de désolidariser la titularité de la clause et la qualité de *potentior* au stade de l'acquisition de la modification. La clause était pourtant rédigée dans des termes clairs. Il ne faisait pas de doute que seul le bailleur avait qualité pour s'en prévaloir : « il est expressément convenu qu'en cas de non-exécution par le preneur de l'un quelconque de ses engagements ou en cas de non-paiement à son échéance de l'un quelconque des termes du loyer convenu, ou des charges et impôts récupérables par le bailleur, le présent bail sera résilié de plein droit, un mois après une mise en demeure délivrée par acte extrajudiciaire au preneur de régulariser sa situation et contenant déclaration par le bailleur d'user du bénéfice de la présente clause »¹³⁸⁶. En conséquence, l'envoi de la mise en demeure équivaut, ici, à l'exercice de la puissance décisionnelle. L'acquisition de l'effet de la prérogative, c'est-à-dire de la modification, n'implique pas de scruter les intérêts respectifs des parties au bénéfice de la prérogative. Le preneur, sujet passif, ne se prévaut pas d'une quelconque titularité de la prérogative en plaquant l'acquisition de la résolution. Il invoque la force obligatoire de la modification acquise par la décision du bailleur¹³⁸⁷. Il en réclame, à raison, le constat judiciaire sans pour autant s'arroger la titularité de la prérogative. L'intérêt à la prérogative, qui se conçoit comme l'intérêt à la modification, se distingue de l'intérêt à faire constater la force obligatoire de la modification une fois que son auteur a manifesté sa décision de la mettre en œuvre. Ce faisant, le *potentior* ne peut pas se rétracter librement. C'est la différence entre volonté et décision : peu importe ce que le bailleur veut ou ne veut pas après avoir exercé sa prérogative car « toute décision, quelle qu'elle soit, nous oblige »¹³⁸⁸. La décision est une « volonté morte »¹³⁸⁹.

317. La concurrence entre les prérogatives contractuelles d'un *potentior* unique. Un contractant peut être titulaire de prérogatives concurrentes. Il en est ainsi lorsqu'une clause résolutoire est stipulée dans le contrat puisque, par l'effet de la loi, le *potentior* détient la prérogative de résolution par notification dont dispose l'article 1226 du Code civil. De la même façon, le contrat peut stipuler une clause de dédit au bénéfice d'une partie déjà titulaire d'une faculté de rétractation légale. Le conflit naît de l'existence d'une

¹³⁸⁵ Cass. Civ. 3^e, 6 sept. 2018, n° 17-22.767 ; *D.* 2019. 1511, M.-P. DUMONT. *Comp. Cass. Civ. 3^e*, 27 avr. 2017, n° 16-13.625, PB ; *D.* 2017. 1572, M.-P. DUMONT ; p. 1595, M. TIREL ; *RTD civ.* 2017. 854, H. BARBIER ; *RTD com.* 2017. 291, J. MONEGER ; *RDC* 2017. 455, J.-B. SEUBE ; *D.* 2018. 371, M. MEKKI.

¹³⁸⁶ M.-P. DUMONT, *D.* 2017, *op. cit.*

¹³⁸⁷ Sur la force obligatoire de l'exercice de la prérogative, V. *supra*, n° 65 et s.

¹³⁸⁸ C. ATIAS, *De la difficulté contemporaine à penser le droit*, *op. cit.*, p. 93.

¹³⁸⁹ *Ibid.*

divergence entre les prérogatives, soit dans les faits générateurs qui peuvent donner lieu à leur exercice, soit dans leurs modalités d'exercice. De la sorte, on peut se demander si la stipulation d'une clause résolutoire restreinte à l'inexécution complète de l'obligation de paiement du prix peut être écartée au profit de la résolution unilatérale en cas d'inexécution partielle suffisamment grave. La question se pose également de savoir si la clause de dédit onéreuse peut être remise en faveur d'une faculté de rétractation gratuite. À cet égard, des distinctions doivent être opérées. Dans les contrats de gré à gré, la liberté contractuelle permet aux parties d'ajouter, de supprimer ou d'ajuster toutes les dispositions supplétives de volonté. L'article 1217 du Code civil n'étant pas stipulé d'ordre public, le contrat peut réduire les options laissées au créancier en cas d'inexécution d'une prestation¹³⁹⁰. Il est donc envisageable qu'une clause résolutoire, par un libellé clair et précis, révoque la prérogative de résolution unilatérale du contenu contractuel¹³⁹¹. En effet, si les parties sont recevables à étendre les

¹³⁹⁰ L'absence de précision du caractère d'ordre public de la disposition ne suffit pas à décréter son caractère supplétif. V. C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *op. cit.* ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 11. Il a précédemment été établi que l'article 1217 C. civ. ne conférerait pas une prérogative contractuelle au créancier quant au choix laissé entre les différentes sanctions, dans la mesure où ce choix n'a pas, en lui-même, pour effet d'opérer une modification sur la situation contractuelle. Une option étant laissée au créancier sur la sanction qu'il veut faire appliquer, il est difficile de considérer que l'article 1217 est « impératif ». L'analyse devrait se porter sur chaque sanction afin de savoir, non pas si elle s'impose au créancier, mais si son existence est impérative au sens où elle ne peut pas être exclue par une clause contractuelle. Cette clause serait donc une « clause évasive de sanctions ». Si la résolution unilatérale de l'article 1226 C. civ. peut, comme la résolution judiciaire, être écartée par et au profit d'une clause résolutoire, on peut douter de la validité d'une clause faisant interdiction de demander la mise en œuvre judiciaire par quelque moyen que ce soit d'une obligation essentielle du contrat (sur la « clause de non-recours », V. G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat...*, *op. cit.*, n° 581 et s., p. 297). En effet, l'article 1170 répute non écrites les clauses qui ont vocation à priver l'obligation essentielle de sa substance, ce qui avait été reconnu pour une clause limitative de responsabilité (Cass. Com. 22 oct. 1996, *op. cit.*). De façon générale, on peut estimer que les parties sont libres d'évincer toutes les sanctions possibles de l'inexécution à condition d'en laisser au moins une ouverte au créancier en cas d'inexécution d'une obligation essentielle (par exemple, une clause résolutoire), étant entendu que la clause serait écartée en cas de dol ou de faute lourde, quand bien même elle ne serait pas évasive de responsabilité mais simplement évasive de sanctions. Une inexécution sans aucun risque de sanction se rapprocherait sensiblement d'un « engagement sans engagement », prohibé par principe en droit français (V. *supra*, n° 235 et s.). La clause évasive de toutes les sanctions possibles de l'inexécution devrait donc être réputée non écrite au nom de l'ordre public si elle vise le cœur contractuel (en ce compris le droit d'option dans le contrat de promesse unilatérale). Sur la distinction entre une clause évasive de sanctions et une clause évasive de responsabilité, V. M. LEVENEUR-AZEMAR, *Études sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, *op. cit.*, n° 17, p. 10 : l'auteur met en garde contre la négation de la distinction entre l'obligation et la responsabilité qui découle de son inexécution : « L'inexécution d'une obligation a plusieurs conséquences ; elle entraîne certes l'engagement de la responsabilité du débiteur, mais le créancier dispose d'autres moyens d'action. Les clauses évasives de responsabilité n'écartent que le remède le plus commun en cas d'inexécution, et laissent subsister les autres sanctions, telles que l'exécution d'inexécution ou la résolution pour inexécution ». Sur ces questions, V. aussi T. GENICON, « Le régime des clauses limitatives de responsabilité : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008. 991 ; D. HOUTCIEFF, « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant ? », *RDC* 2008. 1020, spéc. n° 15 et s.

¹³⁹¹ Un arrêt a semblé l'admettre, V. Cass. Com. 15 déc. 2009, n° 08-10.148 ; *Dr. et Patr.* 2010, n° 189, p. 69, P. STOFFEL-MUNCK. La jurisprudence valide d'ailleurs les clauses par lesquelles une partie renonce par avance au droit de demander la résolution judiciaire, ce que le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 n'entend pas remettre en cause. V. par ex. Cass. Civ. 3^e, 3 nov. 2011, *Bull. civ.* III, n° 178 ; *D.* 2012.

possibilités de résolution du contrat, elles sont également recevables à les limiter¹³⁹². À défaut d'une volonté commune découverte par le juge visant à limiter les options ouvertes au créancier, celui-ci bénéficie d'un choix des plus vastes, et peut exercer l'une ou l'autre des prérogatives de résolution à sa guise¹³⁹³. Néanmoins, il doit s'en tenir à la prérogative choisie au regard de la procédure d'exercice notamment¹³⁹⁴. Ainsi, il revient aux parties de décider de la place occupée par la prérogative stipulée par rapport à la prérogative d'origine légale dans les contrats de gré à gré.

Il n'est pas opportun d'appliquer la même solution aux situations d'adhésion¹³⁹⁵. Dans ces contextes, la liberté contractuelle est suspecte car l'élaboration des clauses du contrat exclut une des parties. La clause qui stipule des conditions d'exercice de la prérogative plus rigoureuses que la loi ne prévoit à la charge de la partie faible doit être irréfragablement présumée abusive. En outre, même en l'absence de précision du législateur, l'ensemble des prérogatives spécifiquement accordées par la loi à la partie faible est d'ordre public. Elles procèdent d'ailleurs de l'ordre public de protection. Dès lors, toute clause ayant pour effet de les supprimer ou les réduire serait prohibée, à l'image d'une clause de dédit stipulée contre un prix, visant à éradiquer la faculté de rétractation légale accordée. Ainsi, la hiérarchie entre prérogatives contractuelles d'origine légale et prérogatives contractuelles d'origine

459, S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *RTD civ.* 2012. 114, B. FAGES ; *AJDI* 2012. 780, F. COHET-CORDEY. Comp. P. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : questions en suspens », *Dr. et Patr.* Oct. 2014, n° 240, p. 67, qui plaide pour l'impérativité du dispositif.

¹³⁹² L'article R. 212-1, 6° et 7°, C. conso déclare abusive la clause qui supprime ou réduit le droit à réparation du consommateur en cas d'inexécution de ses obligations par le professionnel ainsi que le fait de lui interdire le droit de demander la résolution, ce qui laisse à penser *a contrario* que ces clauses sont autorisées dans les contrats de gré à gré.

¹³⁹³ En ce sens par ex., Cass. Com. 10 fév. 2009, n° 08-12.415. Cass. Com. 20 oct. 2015, n° 14-20.416, *Gaz. Pal.* 2 févr. 2016, n° 5, p. 26, D. MAZEAUD : le créancier a pu opter pour une résolution par notification alors que le contrat stipulait une clause résolutoire.

¹³⁹⁴ Comp. Cass. Com. 4 févr. 2004, *JCP G.* 2004.I.149, J. ROCHFELD ; *RTD civ.* 2004. 731, J. MESTRE et B. FAGES. En l'espèce, le *potentior* avait dans un premier temps mis en œuvre la clause résolutoire puis décidé d'exercer la résolution unilatérale face aux agissements graves et répétés de son débiteur. La Cour de cassation approuve timidement. Ce comportement pourrait être sanctionné sur le fondement d'une contradiction avec les prévisions légitimes du sujet passif (en ce sens, V. la note de J. ROCHFELD, *précit.*). La solution est discutable, cependant, lorsque le sujet passif modifie son comportement de sorte qu'il aggrave sensiblement ses manquements contractuels. Dans certaines hypothèses, il serait envisageable pour le *potentior* de mettre fin à l'exercice de la clause résolutoire tant que la procédure n'est pas achevée, et de démarrer une nouvelle mise en œuvre sur le fondement de la prérogative de résolution par notification. En revanche, le *potentior* qui tenterait de résoudre le contrat pour l'inexécution de moindre gravité d'une obligation contractuelle devrait exercer la clause résolutoire si cette obligation y est mentionnée. Il devrait le faire en respectant les formalités d'exercice stipulées dans la clause résolutoire (par exemple, trois lettres recommandées motivées et un délai de six mois). Il ne pourrait donc pas tenter de profiter des formalités moins contraignantes de la résolution unilatérale. Pour une confusion jurisprudentielle laissant une large part de manœuvre aux créanciers sur ce point, V. T. GENICON, « Sanction de la violation de la procédure contractuelle de résiliation », *RDC* 2012. 787.

¹³⁹⁵ V. *supra*, n° 271 et s.

conventionnelle varie selon que les premières sont d'ordre public ou non, et selon le contexte contractuel dans lequel elles s'inscrivent. L'équivalence de rang est néanmoins possible dans le silence du contrat, ce qui confère au *potentior* un second niveau dans sa décision d'exercer l'une ou l'autre de ses prérogatives.

B. La titularité divise de la prérogative contractuelle

318. La cotitularité de la prérogative contractuelle. La cotitularité de la prérogative, ou en l'occurrence « titularité divise »¹³⁹⁶, signifie que chaque partie est le sujet de prérogatives contractuelles identiques, ou que chacun est titulaire à part entière de la même prérogative¹³⁹⁷. Cette forme de cotitularité démultiplie des droits identiques en les juxtaposant¹³⁹⁸. La prérogative est ainsi attribuée indifféremment à toutes les parties au contrat, ce qui implique que la position contractuelle occupée importe peu dans l'intérêt qu'un contractant trouve à son bénéfice. Il y a autant de prérogatives de même type que de contractants. Par exemple, chaque partie, dans un contrat à durée indéterminée, est titulaire d'une prérogative de résiliation unilatérale en vertu de l'article 1211 du Code civil. Tous les associés d'une société anonyme disposent, en vertu de l'article L. 228-24 du Code de commerce, d'une prérogative d'agrément. La titularité divise peut également être le fait du contrat, par exemple lorsque le pacte d'associés d'une société en nom collectif le prévoit¹³⁹⁹. Ce cas de figure a une potentialité litigieuse inexistante. Si les parties exercent simultanément leurs prérogatives, le consensus se dégage de sorte que les exercices s'annulent. La modification sera le fruit du consentement mutuel en vertu de l'article 1193 du Code civil : lorsque franchisé et franchiseur entendent tous deux mettre en œuvre leurs prérogatives de résiliation unilatérale, le *mutuus dissensus* s'impose. Il ne s'agit pas de se disputer le bénéfice

¹³⁹⁶ K. AGBENOTO, « La cotitularité des droits », *loc. cit.*

¹³⁹⁷ La discussion a des conséquences si l'on assimile titularité et propriété des droits. Il s'agirait d'une forme de propriété collective, très éloignée pourtant de l'indivision puisque le but n'est pas le partage du droit, objet de l'indivision. Si les droits sont des biens, donc susceptibles d'appropriation, les droits potestatifs sont, par leur objet (une décision), indivisibles. L'issue de la propriété de ces droits n'aboutit pas à un partage mais à une exclusivité. Dès lors, il semble ardu de leur affecter le régime de l'indivision en cas de titularité divise. De même, la copropriété immobilière procède d'une partie privative et d'une partie collective répartie par quote-part, ce qui est inenvisageable en matière de décision. Une autre possibilité est d'envisager une propriété collective spécifique : un auteur a proposé la propriété en main commune que connaît le droit germanique (*Gesammte hand*), par laquelle chacun est propriétaire à part entière d'un patrimoine commun sans division. C. DUVERT, « La propriété collective », *LPA* 6 mai 2002, p. 4, spéc. n° 8 ; K. AGBENOTO, « La cotitularité des droits », *op.cit.*, p. 5.

¹³⁹⁸ En ce sens, K. AGBENOTO, « La cotitularité des droits », *op. cit.*, p. 10.

¹³⁹⁹ À propos d'une prérogative d'agrément, Cass. Com. 6 fév. 2019, *op. cit.*

d'un droit, comme des créanciers successifs pourraient revendiquer la titularité de la créance, ou comme des acquéreurs successifs d'un même bien pourraient en revendiquer la propriété. C'est seulement la transcription dans la situation contractuelle de la modification que recherchent les parties, peu important alors qu'elle soit le fait de l'une d'entre elles ou de toutes. En revanche, si l'une seulement des parties exerce sa prérogative, on en revient au schéma classique. Puisque la prérogative protège l'intérêt spécifique de son titulaire¹⁴⁰⁰, son exercice produit l'effet voulu quand bien même les autres parties n'ont pas entendu la mettre en œuvre. Lorsqu'un seul des associés argue de son droit d'agrément pour refuser à un tiers l'entrée au contrat, la cession est empêchée indépendamment du non-exercice de leurs droits d'agrément par les coassociés. En cela précisément, la prérogative se distingue du droit de vote. Nul besoin de majorité, nul besoin de consensus, la décision solitaire prime. Tout autre est le traitement du cas dans lequel des parties exercent des prérogatives conduisant à des effets inconciliables.

319. Le conflit entre exercices incompatibles des prérogatives contractuelles. La classification fondée sur le critère de l'effet de la prérogative a présenté le mérite d'exposer les principales modifications obtenues par l'exercice de ces droits¹⁴⁰¹. Des catégories sont apparues, elles-mêmes sujettes à des subdivisions. À cet égard, des hypothèses de concurrence entre diverses prérogatives contractuelles sont envisageables : le même type de modification peut être visé, sans pour autant que les prérogatives exercées aboutissent aux mêmes conséquences. La concurrence ne conduit pas au conflit quand les conséquences des modifications sont compatibles entre elles. Par exemple, une partie peut exercer une résolution unilatérale tandis que l'autre entend mettre en œuvre une résiliation. Dans les deux cas, la rupture du lien contractuel est recherchée, mais la première prérogative peut produire un effet sur le passé tandis que la seconde est une extinction pour l'avenir. Dès lors, seule la dimension rétroactive de la rupture du lien contractuel constitue une source potentielle de litige mais il n'est pas nécessaire d'arbitrer entre les deux droits mis en œuvre. En cas de conflit, il revient au juge de vérifier que les conditions d'exercice de la prérogative qui produit un effet supplétif – en l'occurrence la prérogative de résolution – ont été respectées pour constater la modification.

¹⁴⁰⁰ Sur la distinction entre prérogatives et pouvoirs, V. *supra*, n° 77 et s.

¹⁴⁰¹ V. *supra*, n° 176 et s.

En revanche, il existe des possibilités de contradiction stricte. Une prérogative de prorogation de la situation contractuelle peut être invoquée par une partie tandis que son cocontractant voudrait exercer la prérogative de reconduction de la situation contractuelle. S'il ne s'agit pas d'un cas de titularité divise, on s'en approche néanmoins. Les parties ne sont pas titulaires de prérogatives strictement identiques mais de prérogatives qui produisent des effets suffisamment semblables pour devenir inconciliables et faire naître un conflit. En dépit des critiques adressées à la distinction faite entre prorogation et reconduction¹⁴⁰², la première suppose la stipulation d'un nouveau terme tandis que la seconde confère au contrat une durée indéterminée en vertu des articles 1214 et 1215 du Code civil. Il y a là une incompatibilité dont les conséquences ne sont pas négligeables. L'admission de l'une aux dépens de l'autre implique en particulier l'irruption de la prérogative de résiliation dans le contenu contractuel. De même, une prérogative de fixation du terme du contrat peut être stipulée, sans que le titulaire soit désigné. Si aucune des parties ne peut se prévaloir d'un intérêt exclusif à son bénéfice, la titularité divise devient la règle. Là également, les exercices pluraux de la fixation unilatérale du terme peuvent donner lieu à des décisions incompatibles entre elles, si les termes ne sont pas identiques. Ces hypothèses de conflits doivent trouver une issue.

La contrariété des droits entre titulaires distincts n'est pas inconnue du droit positif, tant entre créanciers qu'entre titulaires de droits réels, principaux ou accessoires. *Prior tempore, potior jure* dit l'adage. La règle, issue de la Constitution d'Antonin¹⁴⁰³, reprise par Loysel¹⁴⁰⁴ et reçue par Pothier¹⁴⁰⁵, est désormais inscrite dans diverses dispositions du Code civil¹⁴⁰⁶. Ainsi, « l'antériorité se manifeste dans les domaines les plus variés [et] joue son rôle départiteur, en conférant une situation juridique préférentielle »¹⁴⁰⁷. De la même façon, le conflit entre titulaires de la prérogative contractuelle devrait être réglé par l'antériorité de sa mise en œuvre. De la sorte, on peut estimer qu'en matière de cotitularité divise, les contractants ne sont que des titulaires éventuels ou précaires d'une prérogative jusqu'au premier exercice du droit qui confère à son auteur le titre de *potentior*.

¹⁴⁰² V. *supra*, n° 186-187.

¹⁴⁰³ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, n° 339.

¹⁴⁰⁴ *Ibid.* V. A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, Paris, 1607, n° 686 : « Sur les immeubles, les premiers hypothécaires vont devant ».

¹⁴⁰⁵ *Ibid.* V. R.-J. POTHIER, *Œuvres de Pothier*, t. 8, Paris, 1825, p. 569 : « Entre des créanciers du même jour, celui dont le titre porte *avant midi*, doit être préféré à celui dont le titre ne fait mention que du jour : car, l'acte de ce dernier, ayant pu n'être fait qu'à la dernière heure du jour, n'a de date certaine et constante que de cette dernière heure, et par conséquent est postérieur à celui qui a une date avant midi ».

¹⁴⁰⁶ Art. 1325 C. civ. ; Art. 1866 C. civ. ; Art. 2425 C. civ.

¹⁴⁰⁷ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, n° 339.

320. Concurrence entre titulaires de prérogatives portant sur un même objet. Dans certaines hypothèses, la concurrence entre *potentiores* peut naître d'un conflit entre des prérogatives contractuelles d'origines légale et conventionnelle, distinctes mais portant sur un même objet. Une hiérarchie doit pouvoir être instaurée, qui trouve sa raison d'être dans la gradation des intérêts protégés par les prérogatives. Ainsi, le droit de préemption d'une commune prime sur le droit d'option lorsque les deux prérogatives portent sur un même bien¹⁴⁰⁸. Le même principe de classement existe lorsque les prérogatives sont toutes issues de dispositions légales. Le législateur est amené à échelonner l'ordre des priorités mais les écueils ne manquent pas¹⁴⁰⁹. À titre de principe, il apparaît que les droits de préemption accordés à une personne publique priment sur ceux dont sont bénéficiaires les personnes privées¹⁴¹⁰. En ce sens, le preneur à bail et la SAFER doivent s'incliner devant l'Etat, les collectivités et les établissements publics¹⁴¹¹. Si la règle semble relever de la pure logique, elle ne va pas sans poser problème. Elle heurte les efforts du législateur qui entend protéger coûte que coûte l'intérêt particulier d'un sujet dont la situation est plus fragile que celle d'une personne publique – le preneur à bail en particulier¹⁴¹². La loi autorise parfois le vendeur à choisir *in fine* la personne de son acquéreur¹⁴¹³, mais cette solution est peu souhaitable. La liberté de choisir son cocontractant n'a pas sa place dans l'arbitrage entre deux droits de préemption. À cet égard, le législateur est appelé à hiérarchiser les intérêts par-delà la simple distinction entre personnes publiques et privées, sans quoi le prix de la course semble encore être la solution la plus sensée¹⁴¹⁴.

321. L'exercice de la prérogative par un tiers au contrat. Il arrive que des tiers au contrat puissent exercer la prérogative contractuelle, par la voie de l'action oblique. Il s'agit de tiers intéressés à la modification, en l'occurrence de créanciers du *potentior*. En vertu de l'article 1341-1 du Code civil, l'action oblique est subordonnée à la carence du débiteur, qui se trouve établie lorsqu'il ne justifie d'aucune diligence dans la réclamation de son dû. Corrélativement, son créancier est admis à exercer ses droits et actions à caractère

¹⁴⁰⁸ Cass. Civ. 3^e, 15 nov. 2011, n° 10-26.309.

¹⁴⁰⁹ Sur ces questions V. not. M. JULIENNE, « Les conflits entre droits de préemption », *in* « Le droit de préemption au XXI^e siècle », *Defrénois*, 2018, n° 11, p. 36. H. PERINET-MARQUET, « Les conflits entre droits de préemption », *JCP N.* 2011. 1267.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*

¹⁴¹¹ En ce sens par ex. Art. L. 143-6, al. 1^{er}, C. rur. ; art. L. 412-4, al. 2, C. rur. ; art. L. 331-19, al. 6, C. for.

¹⁴¹² En ce sens, M. JULIENNE, « Les conflits entre droits de préemption », *op. cit.*, n° 10 ; H. PERINET-MARQUET, « Les conflits entre droits de préemption », *op. cit.*, n° 14.

¹⁴¹³ V. par ex. art. L. 331-24 al. 3 C. for.

¹⁴¹⁴ M. JULIENNE, « Les conflits entre droits de préemption », *op. cit.*, n° 18.

patrimonial. Ces conditions évincent quantité de prérogatives contractuelles dont l'exercice ne permet pas de récupérer un avantage patrimonial. Certaines, cependant, peuvent y répondre. C'est parfois le cas de la résolution pour inexécution, qu'elle procède d'une clause résolutoire ou de la prérogative de l'article 1226 du Code civil. Par sa rétroactivité, elle peut permettre de récupérer le paiement effectué pour une contrepartie inexécutée. Bien que l'article 1341-1 reprenne l'exclusion prétorienne des droits exclusivement rattachés à la personne du débiteur, la résolution n'en fait pas partie en principe. Ces droits se définissent comme ceux dont l'exercice est subordonné à des considérations personnelles d'ordre moral ou familial¹⁴¹⁵. Aussi, lorsque le non-exercice de la prérogative de résolution caractérise une carence pour le créancier de son titulaire, ce dernier devrait pouvoir l'exercer pour son compte¹⁴¹⁶. En revanche, l'effet relatif du contrat empêche un autre tiers d'exercer la prérogative en lieu et place du *potentior*-contractant. Par exemple, le sous-acquéreur d'un bien, dont le vendeur est le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente sur le même bien, ne devrait pas être recevable à lever l'option pour son compte¹⁴¹⁷. Si le bénéficiaire de la promesse ne lève pas l'option, la seconde vente est *a non domino*.

En conclusion, la titularité divise peut être source de conflits lorsque l'exercice de la prérogative aboutit à des effets incompatibles. Elle s'assimile, sur ce point, à la titularité exclusive de prérogatives non identiques mais qui produisent la même catégorie d'effets. Une autre forme de cotitularité pose des questions juridiques : il s'agit de la titularité commune de la prérogative, détenue par une partie plurale.

§2. Détermination *intra partes*

322. Outre la titularité divise, la cotitularité peut désigner la titularité commune¹⁴¹⁸ d'une prérogative contractuelle par plusieurs personnes dont le regroupement forme une partie au

¹⁴¹⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 8 juin 1963 ; *D.* 1964. 713, F. LAMAND ; *JCP* 1965.II.14087, R. SAVATIER.

¹⁴¹⁶ En ce sens, Cass. Civ. 3^e, 14 nov. 1985, *Bull. civ.* III, n° 143. Cet arrêt montre que le caractère patrimonial de la prérogative est apprécié largement. En l'espèce, un syndicat de copropriétaire a exercé la clause résolutoire en lien et place du bailleur à l'encontre des locataires qui ne respectaient pas la destination des locaux. Le manquement à la destination des locaux causait un préjudice aux copropriétaires, faisant d'eux des créanciers indemnitaires du bailleur, responsable des agissements de ses locataires en vertu du règlement de copropriété. La dimension patrimoniale est donc rattachée à la créance de réparation issue de la violation de l'obligation de respecter la destination des lieux loués.

¹⁴¹⁷ L'avant-projet de réforme de droit des sûretés de l'Association Henri Capitant prévoit dans son article 2402 que « peuvent être hypothéqués tous les droits réels susceptibles d'être aliénés ». Par conséquent, le bien objet d'une promesse unilatérale de vente pourrait être hypothéqué par le *potentior*, ce qui pose la question de l'efficacité de la levée d'option par le créancier hypothécaire.

¹⁴¹⁸ K. AGBENOTO, « La cotitularité des droits », *loc. cit.*

contrat, dite plurale. Également indiquée par le terme de conjonctivité, la partie plurale « réunit plusieurs personnes participant à un acte dans une même situation juridique »¹⁴¹⁹. Ils sont dans une « même position contractuelle » dirions-nous aujourd'hui. Ces personnes ont un cocontractant commun qui, pour sa part, ne les conçoit que sous la forme d'un ensemble unique qui n'a pas la personnalité morale¹⁴²⁰. Les obligations à sujets multiples indivisibles ou solidaires, lorsqu'elles ont une source contractuelle, font donc naître une partie plurale au contrat. Des débiteurs solidaires, par exemple des époux emprunteurs, constituent une partie plurale. De même, en dépit des difficultés relatives à sa définition, le *consortium*¹⁴²¹ constitue une partie plurale. Ainsi, la conjonctivité peut avoir une structure juridique légale, voire institutionnelle par le mariage, ou contractuelle¹⁴²². Les copreneurs d'un bail – époux ou simples colocataires –, les cotitulaires d'un compte joint, les cocréditeurs de crédits consortiaux¹⁴²³, les associés unis par un pacte¹⁴²⁴, ou les coauteurs d'une œuvre littéraire et artistique constituent autant d'exemples de conjonctivité. Cette dernière renferme donc des formes très variables de relations entre les personnes composant la partie plurale. Lorsque la partie conjonctive est sujet passif de la prérogative, la détermination du champ d'application de la modification est, sauf clause contraire, laissée à la décision du *potentior*, partie simple. Ce dernier peut alors exercer la prérogative contractuelle à l'encontre de l'un des membres de la partie plurale. C'était le cas dans l'arrêt *Tocqueville*. La consécration jurisprudentielle de la résolution unilatérale subordonnée à la gravité du comportement du débiteur a éclipsé l'aspect restreint de la résolution à l'égard d'un seul des membres de la partie plurale, médecin

¹⁴¹⁹ R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, *op. cit.*, n° 138, p. 67.

¹⁴²⁰ R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, *op. cit.*, n° 104 et s., p. 53 et s. Ainsi, la société, l'association ou le groupement d'intérêt économique, pourvus de la personnalité morale, ne constituent pas des parties plurales.

¹⁴²¹ V. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération...*, *op. cit.*, n° 161 et s., p. 114 et s. Le *consortium* est un groupement momentané d'entreprises formé en vue de conclure et d'exécuter un contrat avec un tiers cocontractant. Il n'a pas la personnalité morale. En revanche, la *joint venture* ne semble pas correspondre à une partie plurale, dans la mesure où le complexe contractuel qu'elle constitue ne se fait pas relativement à un cocontractant tiers mais en vue d'organiser les rapports contractuels entre les différentes parties du groupement réalisé, à l'intersection du contrat synallagmatique et du contrat de société. Ainsi, « la différence essentielle tient à ce que contrairement à la *joint venture* qui pore sur toute activité ou entreprise, le consortium a toujours trait à la conclusion et à l'exécution d'un contrat principal avec un tiers » (S. LEQUETTE, thèse, *op. cit.*, spéc. n° 162). Il est à tout le moins possible d'établir la possibilité qu'une *joint venture* se manifeste comme une partie plurale dans un contrat avec un contractant tiers. V. égal. C.-H. CHENUT, *Le contrat de consortium*, préf. A. BENABENT, LGDJ, 2003.

¹⁴²² R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, *op. cit.*, spéc. n° 137, p. 66.

¹⁴²³ Les contrats de *pool* bancaires peuvent prendre deux formes, selon que la syndication est révélée ou occulte. Lorsqu'elle est révélée, chaque banque prêteuse a généralement un lien de droit avec l'emprunteur de sorte que le groupement ne forme par une partie conjonctive. Lorsqu'elle est occulte, l'emprunteur n'a pas connaissance de la syndication. Les banques forment par leur réunion une seule partie, de sorte qu'un lien de droit unique est observé. C'est cette configuration qui donne lieu à la conjonctivité. Sur ces catégories de contrats, V. S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, *op. cit.*, n° 170, p. 120.

¹⁴²⁴ En ce sens, S. KOUHAIZ, « La compatibilité des sanctions dans les pactes d'associés », *Rev. soc.* 2019. 87, spéc. n° 10, p. 90.

anesthésiste¹⁴²⁵. Cette simplicité ne se retrouve pas dans l'hypothèse inverse, quand la partie plurale est *potentior*. Outre la diversité des causes de formation d'une partie plurale, un autre type de données entre en compte pour déterminer la qualité de *potentior intra partes*. Il s'agit du type de modifications mis en œuvre par l'usage de la prérogative. Par exemple, les actes de disposition ne sont pas soumis au même régime que les actes d'administration ou de gestion courante entre les époux. Par conséquent, la titularité commune d'une prérogative par une partie plurale ne fait pas l'objet d'un régime unitaire. La diversité des éléments susceptibles de faire varier le régime empêche d'ériger un système dans une étude qui n'y est pas exclusivement dédiée. Tout au plus pouvons-nous répertorier les formes que la titularité commune peut prendre, entre titularité unitaire et titularité participative. Dans la titularité unitaire, chaque membre de la partie plurale est en mesure d'exercer la prérogative contractuelle. La difficulté repose sur le spectre de son effet, afin de déterminer si la modification est strictement personnelle au *potentior* ou s'impose à tous les membres de la partie plurale (A). Dans la titularité participative, en revanche, un membre est en mesure d'exercer la prérogative au nom et pour le compte de l'ensemble de la partie plurale. Il faut alors déterminer le moyen par lequel est prise la décision, entre majorité et unanimité des volontés (B).

¹⁴²⁵ V. Cass. Civ. 1^{ère} 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300 ; *D.* 1999. 115, P. DELEBECQUE ; p. 197, C. JAMIN ; *RTD civ.* 1999. 394, J. MESTRE ; p. 506, J. RAYNAUD. Un autre arrêt peut être mentionné : Cass. Com. 19 déc. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 306 ; *RTD civ.* 1996. 661, J. MESTRE. Dans cette espèce, deux sociétés constituaient une partie plurale à l'égard de leur assureur. Le contrat prévoyait une « clause résolutoire » en faveur de l'assureur en cas de procédure collective. L'une des sociétés est mise en procédure collective et l'assureur résout le contrat. La société saine argue de la nullité de la clause, contraire à l'article 37 de la loi du 25 janv. 1995, qui prohibe les résolutions liées au déclenchement d'une procédure collective. Les juges du fond, appuyés par la Chambre commerciale, n'y sont pas sensibles. Seul le liquidateur de la société qui subit la procédure collective était recevable à demander l'inopposabilité de la résolution de sorte que, selon M. Mestre, le contrat ne se trouvait résolu qu'à l'égard de la société qui n'était pas en faillite. La scission relative à la modification opérée sur le contrat par l'exercice de la prérogative n'a donc pas profité à l'assureur-*potentior* en l'espèce, puisqu'il est resté tenu à l'égard du cocontractant en faillite mais a libéré le cocontractant solidaire en bonne situation financière.

A. La titularité unitaire

323. **Les modèles de titularité unitaire.** La titularité unitaire est ainsi nommée pour rendre compte de ce qu'une seule personne, au sein de la partie plurale, va exercer la prérogative sans que les autres y participent. Chacun des membres de la partie est un *potentior* possible. En ce sens, une cour d'appel a pu affirmer, sans être contredite par la Cour de cassation, que « la faculté de rétraction est une prérogative purement personnelle »¹⁴²⁶. Il faut donc se représenter la titularité unitaire comme une succession contiguë de titularités individuelles. La difficulté procède de savoir qui, dans une partie plurale, peut se voir opposer l'effet produit par l'exercice de la prérogative exercée par l'un de ses membres. Deux modèles coexistent.

Le premier modèle de titularité unitaire suppose que la prérogative produise son effet à l'égard de toutes les personnes qui forment la partie conjonctive. On en trouve des illustrations dans le régime général de la solidarité passive. Par exemple, en vertu de l'article 1313 du Code civil, le paiement fait par l'un des coobligés libère tous les autres. Associée à une faculté de remboursement anticipé du prêt¹⁴²⁷, cette disposition implique que l'exercice de la prérogative de remboursement anticipé par l'un des coemprunteurs solidaires produit son effet sur l'ensemble de la partie conjonctive. Également, l'article 1315 du Code civil distingue entre les exceptions communes et les exceptions personnelles aux codébiteurs solidaires ; or la résolution se range dans la première catégorie. La Cour de cassation a également pu estimer que l'exercice de la faculté de rétraction prévue à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation produit un effet commun aux deux époux, sans que cette solution puisse être généralisable¹⁴²⁸. Dès lors, l'exercice de la clause résolutoire ou de la résolution unilatérale de source légale par l'un des débiteurs s'applique à l'ensemble des codébiteurs.

¹⁴²⁶ Cass. Civ. 3^e, 4 déc. 2013, *Bull. civ.* III, n° 156 ; *Dr. et patr.* 2014, n° 239, p. 38, J. LAURENT. Il s'agissait en l'espèce de la faculté de rétractation accordée par l'art. L. 271-1 CCH. Un couple marié d'acheteurs non professionnels constituait une partie à un contrat de vente immobilière. À la question de savoir si l'épouse pouvait exercer seule valablement la faculté de rétractation, juges d'appel et juges de cassation répondent par l'affirmative.

¹⁴²⁷ Par ex. art. L. 311-21 al. 1^{er} C. conso. V. *supra*, n° 210.

¹⁴²⁸ En ce sens, J. LAURENT, note sous Cass. Civ. 3^e, 4 déc. 2013, *op. cit.* : l'auteur montre que la solution procède d'une interprétation *in favorem* dérogatoire du droit commun. L'époux n'ayant pas exercé sa faculté de

Le second modèle de titularité unitaire produit un effet fractionné. La modification issue de l'exercice de la prérogative existe dans la seule situation juridique de la personne qui l'a mise en œuvre, indépendamment de la conjonctivité. Par exemple, les copreneurs solidaires d'un bail d'habitation résilient le contrat indépendamment les uns des autres, de sorte que *Primus*, premier locataire, peut éteindre le lien contractuel qui le lie au bailleur sans que le lien de *Secundus*, deuxième locataire, s'en trouve affecté¹⁴²⁹. L'article 1668 du Code civil prévoit un régime analogue pour l'exercice de la prérogative de réméré. Lorsque le vendeur est une partie plurale, chaque membre ne peut exercer l'acte de rachat que pour la part qu'il y avait. Ces exemples fournis montrent combien les solutions varient. Le type de modification réalisée par la prérogative n'est pas un critère de distinction : par exemple, l'extinction du contrat ne fait pas l'objet d'un régime unique. Une règle s'impose néanmoins : quand les membres de la partie conjonctive ne sont pas unis par la solidarité, l'effet fractionné de la prérogative doit s'appliquer. Qu'en est-il cependant en cas de solidarité ? L'appréhension des mécanismes de représentation (au sens large¹⁴³⁰) a fait l'objet de tentatives de systématisation.

324. Dichotomie de la titularité unitaire. Comment expliquer que, dans certains cas, l'une des personnes de la partie plurale est autorisée à agir pour le compte des autres autant que pour elle-même tandis que, dans d'autres hypothèses, l'effet produit par l'exercice de la prérogative est strictement personnel ? La dichotomie du champ d'application de l'effet produit par la prérogative dans la titularité unitaire peine à trouver une justification. Par assimilation avec les études concernant les effets secondaires de la solidarité, deux thèses ont pu être soutenues : à la théorie de la représentation mutuelle s'oppose celle de l'unicité de la dette. La théorie de la représentation mutuelle a été consacrée par la jurisprudence au XIX^e siècle¹⁴³¹. Elle a ensuite été précisée : celle-ci n'est censée jouer que *in favorem*, bien que l'étude de la jurisprudence démontre l'inverse¹⁴³². Controversée, la théorie est qualifiée de

rétractation invoquait, d'ailleurs, l'anéantissement du contrat. On peut donc s'interroger sur la solution que les juges auraient rendue si, à l'inverse, un désaccord avait existé entre les époux, membres de la partie plurale.

¹⁴²⁹ Art. 8-1, loi du 6 juil. 1989, *op. cit.*

¹⁴³⁰ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, n° 145 et s., p. 101 et s. : la représentation s'entend de « la situation où une personne agit et où les conséquences juridiques de ses actes s'imputeront à une autre » (spéc. n° 178, p. 127).

¹⁴³¹ Cass. Civ. 1^{re} déc. 1885, *D.* 1886.I.251, *S.* 1886.1.55 ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *GAJC*, *op. cit.*, n° 259 ; Cass. Com. 6 juin 1961, *Bull. civ.* IV, n° 258 : « En matière d'obligations solidaires, et en raison même de la nature de ces obligations, chacun des codébiteurs solidaires [...] doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses coobligés ».

¹⁴³² Cass. Civ. 16 déc. 1891 ; *D.* 1892.I.177, COHENDY ; *S.* 1893.1.81, TISSIER : « attendu que le mandat que les débiteurs sont réputés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de

« folklore juridique » par des auteurs qui n'hésitent pas à contester la véracité de ses fondements¹⁴³³. En principal, elle consiste à établir que ceux qui s'engagent ensemble se donneraient mandat de représentation réciproque¹⁴³⁴. Une fois ce postulat établi, les limites de la théorie s'avèrent délicates à établir, d'autant que la jurisprudence ne semble plus vouloir en faire usage¹⁴³⁵. On ne s'explique pas pourquoi la représentation mutuelle ne s'applique pas de la même façon dans la solidarité active et dans la solidarité passive¹⁴³⁶, ou entre la solidarité passive et le cautionnement solidaire¹⁴³⁷. Surtout, le fondement de la communauté d'intérêt ne s'impose pas avec la même évidence quand la solidarité est conventionnelle, légale ou institutionnelle par le mariage¹⁴³⁸. Que penser encore de la distinction des exceptions qu'opère l'article 1315 ? C'est pourquoi des auteurs plaident pour la thèse concurrente, fondée sur l'unicité de la dette¹⁴³⁹. La pluralité des liens obligationnels se mêle à l'unicité de cause (entendue dans son sens matériel ou objectif comme cause contrepartie), qui sous-tend l'unité de l'obligation¹⁴⁴⁰. En apparence satisfaisante, la théorie n'en comporte pas moins des contradictions. Par exemple, dans la solidarité active, les actes d'un créancier qui diminuent le montant de la créance ne sont pas applicables aux cocréanciers, ce que l'on aura bien du mal à justifier¹⁴⁴¹. Dans un sens équivalent, une jurisprudence récente laisse à croire que l'interruption

pouvoir nuire à la condition d'aucun d'eux ». Cette application *in favorem* n'est toutefois que partielle, notamment en droit judiciaire privé quant à l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par l'un des coobligés solidaires (Cass. Civ. 15 janv. 1873, *D.* 1873.I.249), ou en matière d'interruption de la prescription, puisque les poursuites dirigées à l'endroit d'un débiteur solidaire interrompent la prescription à l'égard de tous (Cass. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-19.761).

¹⁴³³ V. not. D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés », *in Études dédiées à A. Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 547. Ces auteurs réfutent l'origine romaine de la théorie. Ils estiment qu'elle n'a pas d'origine antérieure au XVI^e siècle et qu'elle été attribuée à Dumoulin par l'effet d'un contresens : « on est en présence d'une règle fondée sur la commune renommée, chacun s'abritant derrière l'opinion d'un autre ».

¹⁴³⁴ En conséquence, les débiteurs tenus *in solidum* ne seraient pas soumis à la représentation mutuelle, ce qui constituerait la différence principale entre les deux mécanismes. D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés », *op. cit.*, spéc. n° 4, p. 549.

¹⁴³⁵ V. J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, *op. cit.*, n° 286, et 298. V. par ex. Art. 1245-7 C. civ. La solidarité instituée entre le producteur d'un produit fini et celui d'une partie composante pour le dommage causé par le défaut du produit incorporé dans le produit fini n'est pas fondée sur la communauté d'intérêts entre les producteurs mais en vertu d'une politique de faveur aux victimes.

¹⁴³⁶ L'article 1385-4 en constitue une illustration. Dans la solidarité active, le créancier qui prête serment ne représente pas ses cocréanciers, tandis que dans la solidarité passive, le débiteur qui prête serment représente ses codébiteurs si le serment déféré porte sur la dette.

¹⁴³⁷ La non-réciprocité des effets de la représentation mutuelle a été dénoncée. Par exemple, si la caution solidaire ne peut pas former de tierce opposition contra la décision intervenue entre le débiteur et le créancier, le débiteur ne devrait pas non plus pouvoir le faire. V. D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés », *op. cit.*, spéc. n° 25, p. 564.

¹⁴³⁸ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, *op. cit.*, n° 298. Toutefois, la solidarité spéciale des époux dont dispose l'article 220 C. civ. en matière de dettes ménagères ne paraît pas choquante tant elle est liée au mariage, ce qui ne pourrait pas être appliqué par analogie avec la solidarité conventionnelle.

¹⁴³⁹ V. not. A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. L. AYNES, Économica, 2004.

¹⁴⁴⁰ A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, n° 118 et s., p. 166 et s.

¹⁴⁴¹ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, *op. cit.*, n° 282.

de la prescription peut porter sur le *debitum* ou l'*obligatio* selon la nature du mécanisme interruptif en cause¹⁴⁴².

Outre les difficultés propres à chacune de ces théories, aucune ne semble pouvoir s'appliquer aux prérogatives contractuelles. Fondée sur la communauté d'intérêt, la représentation mutuelle produirait un résultat artificiel : la communauté d'intérêt qui a présidé à la formation de la partie plurale, si tant est qu'elle existe¹⁴⁴³, ne se retrouve pas nécessairement dans l'exercice de la prérogative. Comme outil d'adaptation de la situation contractuelle, l'intérêt à l'exercice de la prérogative s'analyse eu égard à la situation actuelle de la personne qui peut l'exercer, laquelle est évolutive par nature. Il serait donc erroné de se référer à la communauté d'intérêts au jour de la conclusion du contrat pour en déduire une communauté d'intérêt au jour de l'exercice de la prérogative au cours de l'exécution du contrat. Par exemple, une solidarité conventionnelle passive peut être prévue, ce qui permet de supposer une communauté d'intérêts. Le terme du contrat peut être stipulé au bénéfice exclusif des débiteurs. Il n'en demeure pas moins que la renonciation au bénéfice du terme s'appuie sur un intérêt distinct de celui qui a sous-tendu la solidarité conventionnelle et le bénéfice du terme, lequel peut ne pas être partagé par tous les codébiteurs. Pour sa part, la thèse de l'unicité de la dette prend pour contexte l'obligation et non le contrat. La répartition des effets secondaires de la solidarité repose sur la distinction entre lien obligationnel et prestation, ce qui ne peut être appliqué à la prérogative¹⁴⁴⁴. Systématiser des solutions appliquées à la généralisation ou à l'individualisation des effets de la prérogative exercée par une composante de la partie plurale s'avère donc délicat. Une troisième théorie a toutefois été proposée par un auteur, sous le nom de représentation objective¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴² Cass. Civ. 1^{re}, 23 janv. 2019, n° 17-18.219 ; *AJ Contrat* 2019. 129, D. HOUTCIEFF ; *AJDI* 2019. 707, J. MOREAU ; *D.* 2019. 840, S. VITSE : « l'impossibilité d'agir doit être appréciée au regard du lien que fait naître la solidarité entre le créancier et chaque codébiteur solidaire, peu important que le créancier ait la faculté, en application de l'article 2245, alinéa 1^{er}, du Code civil, d'interrompre la prescription à l'égard de tous les codébiteurs solidaires, y compris leurs héritiers, en agissant contre l'un quelconque d'entre eux ».

¹⁴⁴³ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général, loc. cit.*, n° 286.

¹⁴⁴⁴ La tentative de répartition concernant la distinction qui porte sur les effets de la prérogative est vaine. Il était possible d'envisager que les prérogatives qui modifient le lien contractuel et le contenu non obligationnel produisent un effet personnel à leur auteur tandis que les prérogatives qui affectent le contenu obligationnel conduisent à un effet commun à toutes les personnes de la partie conjonctive. Il n'en est rien ; un exemple permettra de s'en convaincre. La résolution est catégorisée comme une exception commune aux codébiteurs solidaires par l'article 1315 C. civ. Il s'agit pourtant d'une prérogative dont l'effet consiste souvent en une extinction rétroactive du contrat (V. *supra* n° 190 et s.). En revanche, la faculté de remboursement anticipé du prêt, bien qu'elle permette, lorsque le remboursement est total, une extinction anticipée du contrat, consiste en premier lieu en une modification du quantum de l'obligation. Elle se classe ainsi parmi les prérogatives de modification du contenu obligationnel (V. *supra* n° 210). Son effet est pourtant commun aux coemprunteurs.

¹⁴⁴⁵ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé, op. cit.*

Monsieur Philippe Didier, conscient des difficultés liées aux mécanismes de représentation non traditionnels, au rang desquels la conjonctivité, a élaboré une forme alternative de représentation. Elle est déparée de la référence à la communauté d'intérêt. « La représentation objective est admissible toutes les fois que l'on peut prévoir, avec suffisamment de certitude, ce que doit être l'attitude du représentant »¹⁴⁴⁶. Cette hypothèse est décrite par l'auteur comme une situation décisionnelle fermée, c'est-à-dire que le degré d'incertitude sur la manière adéquate d'agir est réduit. Par conséquent, il est possible de prévoir *ex ante* ce qu'il est bon que l'un des membres de la partie plurale fasse dans son intérêt propre mais également dans l'intérêt des autres membres¹⁴⁴⁷. De même qu'il est possible de déterminer *a priori* l'intérêt exclusif que défend telle ou telle condition¹⁴⁴⁸, il est parfois envisageable de déterminer en amont les modifications nécessairement bénéfiques à l'ensemble des membres d'une partie conjonctive¹⁴⁴⁹. La prérogative de remboursement anticipé du prêt en constitue un exemple probant. Son effet commun procéderait de ce qu'elle ne peut pas aller à l'encontre de l'intérêt de l'un des membres de la partie plurale par opposition à l'intérêt des autres. Cependant, l'effet de protection du représenté par le représentant n'est pas une obligation tirée de leurs rapports ; elle ne consiste pas en une démarche active, mais constitue une conséquence de la situation juridique. « C'est parce qu'une personne est dans une certaine position matérielle par rapport à une autre que, *de facto*, elle peut lui imposer des effets juridiques tout en offrant la garantie qu'elle n'abuse pas de cette situation de domination. On substitue ainsi les *circonstances* à la *volonté* comme source de la protection du représenté ». Par conséquent, ce mécanisme ne permet pas de revenir sur la distinction précédemment opérée entre la prérogative contractuelle et la catégorie des pouvoirs juridiques. Il ne s'agit pas de charger le *potentior* de prendre en considération les intérêts d'une autre personne, son co-titulaire, dans l'exercice de sa puissance. Le débiteur solidaire qui exerce sa faculté de remboursement anticipé ne le fait pas dans le but de défendre l'intérêt de ses codébiteurs mais dans son propre intérêt seulement. Néanmoins, ce système a ses limites. Il consiste à appréhender l'intérêt de la partie-*potentior* comme une vérité intangible, partagée par tous ses membres. C'est très rarement le cas dans les faits.

¹⁴⁴⁶ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n°376, p. 272-273.

¹⁴⁴⁷ P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n°373 et s., p. 270 et s.

¹⁴⁴⁸ V. *supra*. n° 183.

¹⁴⁴⁹ Cette logique se rapproche de la règle selon laquelle le silence vaut acceptation quand l'offre est faite dans l'intérêt exclusif de son destinataire (Cass. Req., 28 mars 1938 ; D. 1939.I.5, P. VOIRIN. Ce cas de figure n'est pas mentionné dans l'art. 1120 C. civ. mais devrait rester d'actualité. En ce sens N. DISSAUX, « Contrat : Formation – Conclusion », *in Répert. civ. Dalloz*, Avr. 2017 (actu : juil. 2020), n° 51).

Les modifications dont il n'est pas possible de prévoir *ex ante* qu'elles sont dans l'intérêt de tous les membres de la partie conjonctive doivent être inopposables à ceux qui n'ont pas entendu les mettre en œuvre¹⁴⁵⁰. Un effet individualisé s'impose pour ces prérogatives. C'est le cas du congé des colocataires. L'effet fractionné pose une difficulté d'ordre général, en particulier lorsque la prérogative a pour effet d'éteindre le lien contractuel de l'un des membres : le cocontractant et les co-membres auraient-ils consenti au contrat dans cette circonstance ? Le problème peut être réglé – avec quelque superficialité – en admettant qu'en l'absence de stipulation expresse sur ce point, il faut présumer une réponse positive. Par exemple, l'exercice d'une faculté de rétraction par un seul des acheteurs solidaires fait peser sur le ou les autres l'intégralité du prix de la vente et supprime une garantie du point de vue du vendeur. Une solution serait de considérer que le « membre sortant » devient un débiteur solidaire non intéressé à la dette de sorte que le créancier pourrait toujours l'appeler en paiement sur le fondement de l'article 1318 du Code civil. Reste que, dans certaines hypothèses, il est impossible de diviser les effets. Par exemple, l'exercice de la prérogative de résolution unilatérale de l'article 1226 du Code civil peut ne pas être souhaité par tous : « il est des créanciers intraitables, des opportunistes et des plus conciliants »¹⁴⁵¹. Pourtant, l'effet commun s'impose en vertu de l'article 1315 du Code civil, encore que l'on puisse hésiter¹⁴⁵². À défaut de clause contraire, la représentation est de rigueur. Partant, la résolution unilatérale mise en œuvre par un membre est opposable à tous, à charge d'indemniser les autres membres de la partie plurale s'il en résulte un préjudice pour eux¹⁴⁵³. Cette solution s'infère de l'introduction de la prérogative dans le contenu contractuel, sans quoi sa stipulation serait inutile. Il faut espérer, alors, que le contrat prévoit un mode de titularité participative.

¹⁴⁵⁰ Sur l'inopposabilité comme sanction opportune, V. P. DIDIER, *De la représentation en droit privé, op. cit.*, n°172 et s., p. 121 et s. En effet, « la sanction à retenir doit [...] être une sanction qui maintienne le représenté dans le *statu quo* et le rende indifférent au sort de l'acte du représentant ».

¹⁴⁵¹ S. KOUHAIZ, « La compatibilité des sanctions dans les pactes d'associés », *op. cit.*, n° 13, p. 90 : l'auteur raisonne sur les parties plures que peuvent former des pactes d'associés. Il met en lumière les difficultés posées par l'art. 1217 C. civ., pensé pour s'appliquer « à un rapport d'obligation bilatéral simple entre un créancier et un débiteur » (n° 15).

¹⁴⁵² La plupart des commentateurs de la réforme ont orienté la glose de cette disposition sur les difficultés posées par le classement de la nullité au sein des exceptions communes, sans distinguer entre ses causes. V. par ex. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, op. cit.*, « article 1315 » ; T. GENICON, O. DESHAYES et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, « Art. 1315 ».

¹⁴⁵³ L'exemple du droit de retrait exercé par le coauteur d'une œuvre de collaboration va en ce sens. Chacun des auteurs peut exercer ce droit (art. L. 121-4 CPI), qui produira effet à l'égard de tous, à charge pour le *potentior* d'indemniser les auteurs collaborateurs s'il leur cause un préjudice, V. CA Bordeaux, 1^{re} ch., 24 mai 1984, *D.* 1986. somm. 181, C. COLOMBET ; A. BERTRAND, *Dalloz action Droit d'auteur*, 2010, n° 106.42.

B. La titularité participative

325. Les modes de titularité participative. Outre la forme unitaire, la titularité commune peut prendre la forme d'une titularité participative. Elle est rattachée à la partie plurale conçue comme un ensemble unique. C'est par le biais d'une fiction que la partie conjonctive est traitée comme une partie simple, qui disposerait de la personnalité juridique. Les personnes qui composent la partie plurale ne font qu'un pour mettre en œuvre la prérogative. Pour aboutir à ce mode d'exercice, deux voies sont possibles. Le premier mode d'exercice d'une prérogative par ce type de titularité suppose l'unanimité des volontés en amont de l'exercice de la prérogative. Le second requiert la majorité. L'unanimité trouve une illustration dans l'article 215, alinéa 3, du Code civil. En vertu de ce texte, les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement familial. À défaut, celui des époux qui ne consent pas à l'acte de disposition peut intenter une action spéciale en nullité, dans l'année qui suit le jour où il a connaissance de l'acte. Par conséquent, si l'effet de la prérogative permet de disposer du logement familial, la titularité unitaire par unanimité s'impose. C'est le cas lorsque les époux sont bénéficiaires d'une promesse unilatérale d'achat sur le logement de la famille. Ils constituent une partie plurale, titulaire d'un droit d'option concernant la vente de leur immeuble. Si l'un d'eux lève l'option sans l'accord de l'autre, l'exercice de la prérogative est neutralisé rétroactivement. Ainsi, l'exercice de la prérogative contractuelle doit être le fait des deux personnes qui composent la partie plurale : la titularité est unitaire et passe par l'unanimité.

Dans d'autres hypothèses, la titularité unitaire n'exige que la majorité des consentements des personnes qui composent la partie conjonctive pour que l'exercice de la prérogative soit valable. C'est généralement ce que prévoient les conventions de société en participation. Cela étonnera peu : malgré l'absence de personnalité juridique¹⁴⁵⁴, la société en participation emprunte tout au fonctionnement de la société civile si elle a un caractère civil et de la société en nom collectif si elle a un caractère commercial¹⁴⁵⁵. Souvent, la société en participation est créée dans le but de constituer un associé unique au sein d'une autre société. Elle apparaît pour les coassociés sous la forme d'une unité, représentée par le gérant désigné de la société en participation. À ce titre, elle constitue une partie plurale et peut, en tant qu'associé unique,

¹⁴⁵⁴ Art. 1871 C. civ.

¹⁴⁵⁵ Art. 1871-1 C. civ.

disposer d'une prérogative d'agrément. C'est alors par le biais d'une délibération entre les membres de la société en participation que le gérant-associé exerce l'agrément. En effet, les statuts prévoient classiquement que les décisions sont prises à la majorité des voix. Le gérant-associé s'engage, lui, à respecter le résultat de la délibération. Ces exemples de titularité unitaire n'ôtent pas à la prérogative son caractère unilatéral.

326. Préservation du caractère unilatéral de la prérogative. Malgré le détour par l'unanimité ou la majorité des volontés des personnes qui forment la partie conjonctive, la prérogative reste unilatérale. La préservation de ce caractère unilatéral découle de la différenciation entre le processus d'élaboration de la décision et le choix opéré, comme résultat de ce processus. Le terme de décision regroupe ces deux aspects. Leur confusion n'est pas problématique lorsque processus et choix résultent d'une seule et même personne. Toutefois, lorsque personnes et parties sont distinguées, ces deux étapes doivent l'être aussi. Le caractère unilatéral de la prérogative s'appuie sur la notion de partie au contrat, par opposition avec les autres parties qui la subissent. L'unilatéralisme prend place dans l'antagonisme du contrat en ce que la prérogative s'oppose au consensus normalement exigé. Le processus d'élaboration de la décision est indifférent à sa nature. Qu'une personne arbitre dans son for intérieur les « pour » et les « contre » de ses choix éventuels ou qu'elle arbitre avec autrui importe peu. Il suffit pour s'en convaincre d'envisager une société en tant que partie dans un contrat avec autrui. L'exercice des prérogatives contractuelles dont elle dispose peut procéder de la seule évaluation du gérant, ou bien d'un vote collectif des associés. Il n'en demeure pas moins que c'est en tant que personne unique qu'elle impose la modification décidée vis-à-vis de son cocontractant. Il ne faut donc pas assimiler le processus d'élaboration de la prise de décision, qui peut faire intervenir plusieurs voix, à la décision juridique en tant que telle, liée à la partie unique au contrat qui en est titulaire.

327. Conclusion de la section. La détermination de la qualité de *potentior* est variable selon qu'on se place dans une partie unique ou dans une partie conjonctive. La titularité s'avère exclusive dans la majorité des cas. Elle est corrélée à l'intérêt exclusif que le *potentior* a au bénéfice de la prérogative. En outre, elle ne peut pas faire l'objet d'une dissociation : l'intérêt à la modification ne se confond pas avec l'intérêt à faire constater la force obligatoire de la modification. D'autres hypothèses illustrent des cas de cotitularité. Celle-ci s'entend de deux manières. La cotitularité est « divise » lorsque toutes les parties au contrat sont titulaires de prérogatives identiques. Les conflits entre exercice se règlent par l'application de l'adage

Prior tempore, potior jure, à moins qu'une hiérarchie ait pu être établie concernant l'intérêt protégé par la prérogative. La cotitularité est « commune » lorsqu'une seule partie, dite plurale au sein d'un contrat conjonctif, se partage le bénéfice d'une prérogative contractuelle. La question de la titularité rejoint là celle du champ de l'effet de la prérogative exercée. Confronter la conjonctivité à l'exercice de la prérogative contractuelle met en lumière la difficulté que pose l'assimilation traditionnelle entre partie et personne. Elle révèle les conflits entre les intérêts divergents de membres d'une même partie au contrat face à la modification que permet la prérogative. Angle mort de la théorie du contrat, la partie plurale n'est traitée dans la loi que sous l'angle des obligations et évince, de ce fait, le vaste champ des droits potestatifs. Le principe de représentation objective est le plus à même de régler la répartition de l'effet de la prérogative sur les membres de la partie plurale. Ce tour de vue des modes de titularité des prérogatives n'épuise pas l'étude de la qualité de *potentior*. Une fois déterminée, celle-ci peut encore faire l'objet de changements.

Section 2. Modification de la qualité de potentior

328. La détermination de la qualité de *potentior* n'est pas définitive. Les mouvements de titularité renseignent sur la place de la prérogative dans la situation contractuelle. Si elle peut être transférée, ce n'est jamais de manière autonome. La prérogative est un droit qui n'existe pas en dehors de la situation contractuelle qu'elle habite (§1). La prérogative peut aussi être perdue. Soit le *potentior* y renonce, soit elle disparaît du contenu contractuel par l'extinction de la situation ou par l'acquisition du délai d'exercice (§2).

§1. Le transfert de la qualité de *potentior*

329. Les prérogatives contractuelles n'ont pas fait l'objet d'une qualification unitaire au regard de leur patrimonialité¹⁴⁵⁶. La diversité de sources, ainsi que l'indifférence de leur gratuité ou de leur onérosité ne permettent pas d'ériger un régime unique quant à la transmission de leur titularité. Certaines d'entre elles sont exclusivement attachées à la personne du titulaire originel. D'autres peuvent être cédées, léguées, ou subsidiairement exercées par le sujet passif. Le transfert de la qualité de *potentior* peut être voulu (A) ou subi, à cause de mort ou de non-exercice (B).

¹⁴⁵⁶ V. *supra*, n° 96.

A. L'acte du transfert

330. **L'incessibilité de certaines prérogatives contractuelles.** En tant que droits potestatifs, les prérogatives contractuelles s'analysent en droits subjectifs. On a montré que le critère de la cessibilité ne permettait pas de les classer dans les catégories de droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux¹⁴⁵⁷. Le caractère extrapatrimonial de certaines prérogatives découle, en premier lieu, de leur rattachement à la personne de leur titulaire, lui-même corrélé à leur source. Le législateur confère à certains contractants des prérogatives au regard de leur qualité. Il en va ainsi des facultés de rétractation accordées à la partie faible des situations d'adhésion¹⁴⁵⁸. C'est également le cas des droits de préemption de certains contractants comme le locataire¹⁴⁵⁹ ou le cessionnaire originel des droits d'exploitation d'une œuvre littéraire et artistique dont l'auteur a préalablement exercée son droit de retrait¹⁴⁶⁰. Le législateur accorde aussi des prérogatives au regard du contexte : un contrat à durée indéterminé, par exemple¹⁴⁶¹. L'incessibilité des prérogatives peut également résulter de la protection du sujet passif. C'est, par exemple, le cas en matière de *stock options*¹⁴⁶². L'incessibilité peut également résulter de la stipulation du caractère *intuitu personae* de la prérogative: rien n'empêche les parties de se protéger du risque que le droit de puissance qu'elles se sont accordées « tombe entre de mauvaises mains ». C'est même recommandé. Dans ce dernier cas, quand bien même une clause de dédit stipulée contre un prix serait conférée, sa patrimonialité devrait être qualifiée de « relative » en vertu de son incessibilité¹⁴⁶³. Enfin, certaines prérogatives sont exemptes de cessibilité parce qu'elles appartiennent à tous les contractants indifféremment. Leur cession est alors inutile. Il en va ainsi de la prérogative de résolution par notification. Toutes les

¹⁴⁵⁷ V. *supra*, n° 98.

¹⁴⁵⁸ Par ex., art. L. 312-19 C. conso. en matière de crédit à la consommation ; Art. L. 224-91 C. conso. en matière de courtage matrimonial ; Art. L. 221-18 C. conso. en matière de vente à distance.

¹⁴⁵⁹ Par ex. Art. 15, loi du 6 juil. 1989 ; Art. L. 145-46-1 C. com.

¹⁴⁶⁰ Art. L. 121-4 CPI.

¹⁴⁶¹ Art. 1211 C. civ.

¹⁴⁶² Le *stock option* est « une promesse unilatérale faite par une société par actions à certains de ses salariés ou mandataires sociaux de leur vendre sur leur demande un nombre déterminé de ses actions dans un délai et moyennant un prix définitivement fixé » (Cass. Civ. 2, 20 sept. 2005, *Bull. civ.* II, n° 223). Aux termes de l'art. L. 225-183 C. com., le droit d'option contenu dans cette promesse est incessible, seules les actions cédées le sont. Cette règle a vocation à protéger la société promettante, sujet passif. En effet, l'intérêt qu'elle a à conférer cette prérogative est corrélé à la situation de salarié ou mandataire du *potentior*, qui n'est pas étranger à la société. C'est que la levée d'option n'est permise qu'après un certain temps de bons et loyaux services ou lorsque la société a atteint un certain résultat financier. Par le jeu de la condition suspensive, il existe donc une période d'acquisition du droit d'option qui permet à la société promettant de s'assurer de la fidélité de ses salariés, et de leur motivation. V. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 1160 et s.

¹⁴⁶³ V. M.-L. MATHIEU, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n° 128-129.

prérogatives contractuelles ne sont pas cessibles donc ; mais pour celles qui le sont, le processus de cession correspond à la substitution de position contractuelle.

331. **La cession de prérogatives contractuelles.** À première vue, la distinction classique entre cession à titre principal et cession à titre accessoire, calquée sur la cession du droit de créance¹⁴⁶⁴, semble opportune. La cession à titre principal serait celle de la prérogative qui constitue l'objet du contrat, c'est-à-dire le droit d'option d'une promesse unilatérale. Les autres prérogatives ne pourraient être cédées qu'à titre subsidiaire, comme accessoires de la situation contractuelle cédée. Par exemple, la cession du contrat de bail à l'acquéreur de l'immeuble entraînerait, accessoirement, celle de la clause résolutoire stipulée à son profit. En réalité, chacune de ces cessions correspond à un modèle unique. La prérogative contractuelle est dépendante de la situation contractuelle qui l'a fait naître. De la sorte, elle ne peut pas faire l'objet d'une cession isolée à un tiers, lui-même contractant vis-vis d'un autre¹⁴⁶⁵. Le droit d'option ne se cède pas sans le contrat de promesse. La validité des prérogatives est soutenu *a minima* par la reconnaissance du sujet passif de ce que sa stipulation procède d'un intérêt légitime¹⁴⁶⁶. Il n'est pas envisageable de permettre le transfert d'une prérogative du contrat entre A et B au contrat entre C et D, par une cession entre A et C. Ainsi, le créancier d'un contrat cadre ne peut pas céder sa prérogative de fixation unilatérale du prix au créancier d'un autre contrat cadre. Cela revient à dire que la qualité de sujet passif ne peut être imposée à une partie que par le législateur, à défaut de quoi le consentement du sujet passif est requis. Par conséquent, la cession d'une prérogative contractuelle est toujours la conséquence de la cession de la situation contractuelle dans laquelle elle s'inscrit. La cession de contrat s'analyse en une « cession de position contractuelle » c'est-à-dire une substitution de contractant (quelle qu'en soit la forme choisie). Néanmoins, la position contractuelle n'est pas un bien mais la traduction de la titularité des droits issus du contrat¹⁴⁶⁷. Céder sa position contractuelle, c'est donc transférer la propriété ou titularité de l'ensemble des droits contractuels cessibles – y compris les prérogatives contractuelles cessibles. C'est aussi

¹⁴⁶⁴ Art. 1321 C. civ.

¹⁴⁶⁵ En ce sens, L. AYNES, *La cession de contrat...*, *op. cit.*, n° 83, p. 70.

¹⁴⁶⁶ V. *supra*, n° 169.

¹⁴⁶⁷ Rappr. J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, n° 467, p. 365 qui énonce, à propos de l'action en justice que « la question de savoir si l'action en justice est ou non dans le commerce n'a pas de sens parce qu'étant une action procédant du droit de propriété, elle n'est pas une *chose* mais la traduction processuelle du rapport d'appropriation à la créance. De ce fait, il nous semble en toute hypothèse inexact de rattacher la "circulation" de l'action à la théorie de l'accessoire, c'est-à-dire au transfert du bien affecté à l'utilité d'un autre bien. Le cessionnaire peut exercer l'action du cédant non parce qu'elle lui a été transmise accessoirement à la créance mais parce qu'il en est, à sa suite, le propriétaire ».

acquérir de nouveaux droits contractuels non cessibles que la loi accorde aux contractants, telle la prérogative de résiliation unilatérale si le contrat est conclu pour une durée indéterminée¹⁴⁶⁸.

En définitive, la « cession de prérogatives contractuelles » s'analyse comme un transfert de titularité de l'ensemble des droits contractuels cessibles, consécutif au transfert de la qualité de contractant. D'autres modes de transfert procèdent, en revanche, du simple fait juridique.

B. Le fait du transfert

332. La transmission successorale de la prérogative. Le décès du contractant personne physique ou la dissolution du contractant personne morale ouvre sa succession. Les héritiers acceptants – ayants cause universels ou à titre universel – sont réputés continuer la personne du *de cuius*. La reprise de la personne morale par voie de fusion-absorption entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée par la société absorbante¹⁴⁶⁹. Ce faisant, les successeurs acquièrent la qualité de partie au contrat de la personne disparue¹⁴⁷⁰. La transmission successorale de la qualité de *potentior* est en tous points comparable à son transfert par cession de contrat. L'impossibilité d'organiser la transmission isolée des prérogatives renvoie à leur transmission au sein d'un ensemble de droits contractuels non exclusivement attachés à la personne du *de cuius*. Les prérogatives cessibles sont donc transmises, tandis que les prérogatives incessibles, précédemment énumérées, disparaissent avec leur titulaire originel. L'héritier du titulaire de la prérogative peut, à son tour, acquérir la qualité de *potentior* en acquérant la qualité de partie au contrat qui l'abrite. On peut être *potentior* en sa qualité de contractant successeur. Inversement, le contractant successeur peut devenir le sujet passif de ces mêmes prérogatives. Par exemple, le décès du promettant

¹⁴⁶⁸ La distinction entre transfert et acquisition nouvelle de prérogatives contractuelles n'entraîne pas de conséquences sur leur exercice. L'article 1216-2 du Code civil distingue entre les exceptions personnelles et les exceptions inhérentes à la dette. Le cessionnaire ne peut opposer au cédé que ces dernières. La règle s'appuie sur la volonté de protéger le contractant cédé. Elle semble par ailleurs logique. La résolution est une exception inhérente. Or, il serait étrange d'admettre l'exercice de la clause résolutoire par le cessionnaire pour des manquements antérieurs à la cession (celle-ci étant transférée avec l'ensemble des droits contractuels) mais de lui refuser l'exercice de la résolution unilatérale de l'article 1226, étant, elle, incessible donc nouvellement acquise par le cessionnaire. On peut ajouter que cette forme d'incessibilité est la plus neutre : la résolution unilatérale est incessible, non pas en raison de son essence, mais parce que la loi la confère à tous les contractants et que, n'étant pas cumulable, sa cession est inutile. Il est donc possible de considérer que son exercice est indépendant de la cession du contrat.

¹⁴⁶⁹ Art. L. 236-1 C. com.

¹⁴⁷⁰ V. M. BEHAR-TOUHAIS, *Le décès du contractant*, préf. G. CHAMPENOIS, Économica, 1988. G. CHANTEPIE, « Contrat : effets – Rayonnement du contrat, », *Rep. dr. civ.*, Dalloz, janv. 2018 (actu. janv. 2019), n° 84.

confère à ses ayants cause universels ou à titre universel la qualité de sujets passifs du droit d'option¹⁴⁷¹. De même, le décès du bailleur commercial rend ses héritiers acceptants sujets passifs du droit de préemption. Ainsi, l'indissociabilité des prérogatives vis-à-vis du contexte contractuel dans lequel elles s'inscrivent subordonne la titularité de la prérogative, ou la qualité de sujet passif de la prérogative, à la qualité de partie au contrat, sous réserve de leur cessibilité. Il est une autre hypothèse, moins évidente, qui organise le transfert des qualités de *potentior* et de sujet passif entre les cocontractants actuels.

333. **Le déplacement de la titularité de la prérogative.** Le non-exercice de la prérogative contractuelle par son titulaire peut aboutir à des situations de blocage¹⁴⁷². L'exécution du contrat est paralysée dans son ensemble et a une incidence tant sur la situation du sujet passif que sur celle du *potentior*. L'explication d'un tel comportement est délicate, puisqu'elle n'est *a priori* favorable à personne. Tout au plus peut-on imaginer une forme d'apathie durable et sans issue¹⁴⁷³. La loi résout parfois ce cas par un déplacement de la titularité de la prérogative et rien n'empêche les contractants de prévoir pareille solution. Ce dénouement s'avère particulièrement malicieux puisque, au bout d'un certain délai, la prérogative passe aux mains du sujet passif originel, qui en devient le *potentior*. Cette issue évite que la situation de blocage s'aggrave et que le titulaire exerce brutalement son droit après un long temps d'abstention. Toutes les prérogatives ne sont pourtant pas concernées : seules celles dont l'alternative ne réside pas dans le choix de l'exercice ou du non-exercice sont éligibles. Autrement dit, il ne peut s'agir que des prérogatives dont l'objet décisionnel ne porte pas sur leur mise en œuvre mais sur la manière dont elles peuvent être mises en œuvre¹⁴⁷⁴. L'obligation alternative en constitue une illustration. L'article 1307-1, alinéa 2, du Code civil prévoit que « si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat ». La

¹⁴⁷¹ En ce sens, Cass. Civ. 3^e, 8 sept. 2010, n° 09-13.345 ; D. 2011. 472, S. AMRANI-MEKKI ; *Defrénois* 2010. 2123, L. AYNES ; *RDC* 2011. 57, T. GENICON ; *RTD civ.* 2010. 778, J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2011. 99, J. HAUSER.

¹⁴⁷² Cette situation sera caractérisée comme un cas de déloyauté méthodologique. V. *infra*, n° 377.

¹⁴⁷³ En revanche, si le non-exercice de la prérogative contractuelle laisse présumer une certaine finalité, celle de revenir sur sa conclusion en agissant comme si le contrat n'avait jamais acquis d'existence juridique certaine, la déloyauté téléologique par tentative de contournement d'une règle contraignante peut être invoquée. V. *infra*, n° 396 et s.

¹⁴⁷⁴ V. *supra*, n° 48.

procédure prévue pour ce faire laisse présager la dimension punitive du déplacement de titularité, qui sera développée par la suite¹⁴⁷⁵.

§2. La perte de la qualité de *potentior*

334. La perte de la qualité de *potentior* est, la plupart du temps, le fruit de la disparition de la prérogative. Lorsqu'elle est volontaire, elle s'analyse comme la renonciation au bénéfice de la prérogative. Ce faisant, le *potentior* exprime son désintérêt pour la modification permise (A). L'extinction de la prérogative peut également intervenir indépendamment de la volonté de son titulaire. Sa raison d'être est intimement liée à la situation contractuelle qu'elle habite. C'est pourquoi elle ne survit pas à son achèvement. Cependant, l'extinction de la prérogative peut être la conséquence de l'écoulement du délai d'exercice. Il permet de limiter la puissance du *potentior* et de maintenir l'utilité de la modification autorisée dans le contrat au stade auquel elle fait sens (B).

A. La renonciation à la prérogative contractuelle

335. **La renonciation définitive au bénéfice de la prérogative.** La renonciation définitive à la prérogative rend son exercice illicite sans qu'il soit nécessaire d'en passer par la bonne foi. Ce faisant, le *potentior* perd le bénéfice de sa prérogative et provoque chez le sujet passif la prévision de ce que celle-ci ne sera jamais susceptible de mise en œuvre. En effet, la renonciation définitive entraîne sans retour « l'extinction de la prérogative abdiquée »¹⁴⁷⁶, de sorte que son exercice s'analyserait comme un dépassement du droit disparu. Comment établir une telle abdication ? La renonciation ne se présume pas, dit la maxime¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁵ V. *infra*, n° 492.

¹⁴⁷⁶ D. HOUTCIEFF, « Renonciation », in *Rep. dr. civ.*, Dalloz, déc. 2017 (actu. mai 2018), n° 52 et s. ; Comp. P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit », *op. cit.*, n° 22, p. 782 : la renonciation a pour effet de « faire sortir le droit sur lequel [elle] porte du patrimoine du renonçant ».

¹⁴⁷⁷ Par ex. Cass. Civ. 11 avr. 1921, S. 1922.1.83. V. not P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit », *op. cit.*, n° 13 et s., p. 773 et s..

Cela ne l'empêche pas d'être tacite pourvu qu'elle soit certaine¹⁴⁷⁸. Le caractère unilatéral de la renonciation suppose que le droit est dans l'intérêt exclusif de son titulaire, sans quoi ce dernier n'aurait pas *le droit de renoncer*¹⁴⁷⁹. Par exemple, le contractant renonce à ses prérogatives de sanction (réduction unilatérale du prix ou résolution unilatérale) dès lors que la clause résolutoire stipule qu'elle s'impose comme l'unique droit de sanction privée dont il dispose¹⁴⁸⁰. La renonciation peut également se déduire du comportement du *potentior* au cours de l'exécution du contrat. Le bailleur peut ainsi renoncer à sa clause résolutoire de façon définitive, ce qui « doit résulter d'actes qui l'impliquent nécessairement et qui, accomplis volontairement et en connaissance de cause, manifestent de façon non équivoque l'intention de renoncer »¹⁴⁸¹. La renonciation ne passe plus par une stipulation mais se déduit de l'attitude du titulaire de la prérogative. En particulier, lorsque le non-exercice prolongé d'une prérogative dépourvue de délai d'exercice mène le sujet passif à mettre en demeure le *potentior*, son abstention prolongée peut s'interpréter comme une renonciation. C'est, par exemple, ce qu'a jugé la Cour de cassation dans le cas d'un droit d'option stipulé dans une promesse unilatérale à durée indéterminée¹⁴⁸². Dès lors, il n'existe pas d'obstacle juridique à la renonciation de la prérogative par son titulaire si ce n'est l'ordre public¹⁴⁸³.

La renonciation à un droit d'ordre public ne peut survenir que lorsque le droit est définitivement acquis¹⁴⁸⁴. À suivre la règle, il suffirait que le droit soit né pour que le contractant puisse y renoncer¹⁴⁸⁵. Pourtant, un auteur a fait remarquer que c'est sur le fait de savoir si la renonciation heurte l'ordre public que la réflexion doit se porter¹⁴⁸⁶. Cette réflexion

¹⁴⁷⁸ Cass. Mixte, 26 avr. 1974, *op. cit.* : « attendu que la renonciation à un droit ne résulte que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer ». Par exemple, la renonciation « ne saurait donc s'induire d'un oubli, d'une abstention ou d'une omission », Cass. Civ. 25 oct. 1937, *D.* 1937. 565.

¹⁴⁷⁹ En ce sens, P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit », *op. cit.*, n° 18, p. 780 pour une analyse analogue en matière de renonciation unilatérale à la dette par le créancier, et n° 34, p. 795 : « c'est dans la mesure ou la renonciation ne pourra nuire qu'au renonçant qu'elle sera possible, c'est-à-dire dans la mesure où elle porte sur un droit qui n'intéresse que lui ».

¹⁴⁸⁰ V. *supra*, n° 317.

¹⁴⁸¹ Cass. Civ. 3^e, 11 oct. 1968, *Bull. civ.* III, n° 144.

¹⁴⁸² Cass. Civ. 4 avr. 1949, *D.* 1949. 316 ; Cass. Civ. 3^e, 24 avr. 1970, *Bull. civ.* III, n° 279 ; Defrénois 1971. 1049, J.-L. AUBERT.

¹⁴⁸³ La présente étude ne distingue pas entre la règle d'ordre public et la règle impérative. La distinction a pu être opérée dans le passé par une partie de la doctrine française : les lois de protection d'intérêts privés étaient alors considérées comme impératives mais non d'ordre public. V. B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996, n° 193, p. 116. Adde H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3^e éd., 1912, p. 37 et s.

¹⁴⁸⁴ Par ex. Cass. Soc., 16 mars 1999, *Bull. civ.* IV, n° 125. Cass. Civ. 2^e, 25 mars 1991, *Bull. civ.* II, n° 102 ; *RTD civ.* 1991. 504, J. HAUSER. V. D. HOUTCIEFF, « Renonciation », *op. cit.*, n° 40 et s.

¹⁴⁸⁵ Cass. Civ. 3^e, 27 oct. 1975, *Bull. civ.* III, n° 310.

¹⁴⁸⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, *op. cit.*, spéc. n° 194 et s., p. 177 et s. : selon cet auteur, lorsque l'ordre public est en cause, il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un ordre public de

peut être rapprochée de la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection. Bien que discutée, elle s'avère prolifique en matière de renonciation. Selon Monsieur Mestre, l'ordre public de protection à l'origine d'une règle peut être écarté par la volonté individuelle de la personne dont les intérêts sont protégés sous certaines conditions. Cette assertion se vérifie en matière de renonciation par le consommateur de ses prérogatives de rétractation¹⁴⁸⁷. À l'inverse, la volonté individuelle ne suffit pas à évincer du contrat une règle érigée pour garantir l'ordre public de direction¹⁴⁸⁸. De la sorte, on ne peut pas se contenter de constater que le droit d'ordre public a été acquis pour faire l'objet d'une renonciation régulière. Il ne faut pas que la renonciation aboutisse à un résultat prohibé par-delà la seule protection de la partie renonçante. L'argument est convaincant. Elle est insuffisante, cependant, pour justifier que la prérogative de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ne puisse pas, selon nous, faire l'objet d'une renonciation¹⁴⁸⁹.

En dépit de son apparence supplétive¹⁴⁹⁰, la prérogative de résiliation s'impose comme une règle d'ordre public, ce qui la rend imperméable à toute renonciation anticipée. Son caractère impératif repose sur la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, d'où l'on tire son caractère fondamental de rang constitutionnel¹⁴⁹¹. L'importance que les Sages de la rue Montpensier lui ont reconnue suggère l'impérativité de la règle¹⁴⁹². Cela établi, il faut s'interroger sur la validité de sa renonciation. La raison d'être de la règle mérite d'être étudiée. La défiance de la perpétuité en droit français n'est pas un principe absolu. Les juristes de l'Ancien Régime ont souhaité instaurer des principes pérennes, propres à assurer la stabilité de leurs privilèges¹⁴⁹³. La modernité a déplacé la recherche de perpétuité sur les institutions et les droits fondamentaux. Il est admis que la finitude est de l'essence de toutes

protection, destiné à la protection d'un intérêt privé, ou d'un ordre public qui vise la défense de l'intérêt public. Dans le premier cas, les renonciations sont admises sous réserve que le droit est acquis. Dans le deuxième, les renonciations sont interdites que le droit soit acquis ou pas.

¹⁴⁸⁷ V. art. L. 222-9, 2° ; L. 224-6 ; L. 312-47 C. conso.

¹⁴⁸⁸ J. MESTRE, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *RTD civ.* 1998. 670, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 17 mars 1998, n° 96-13.972.

¹⁴⁸⁹ V. toutefois Cass. Civ. 3^e 15 déc. 1999, n° 98-10.430 ; *RTD civ.* 2000. 568, J. MESTRE et B. FAGES. Cette jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien droit sanctionne le vice de perpétuité d'un bail par la nullité absolue (qui se prescrivait alors par trente ans), ce qui laissait entendre que la perpétuité ne relevait pas seulement de l'ordre public de protection sans quoi la nullité aurait été relative.

¹⁴⁹⁰ L'article 1211 du Code civil ne précise pas que la disposition est d'ordre public.

¹⁴⁹¹ Cons. Const., 9 nov. 1999, DC n° 99-419, *PACS*, *loc. cit.*, « Considérant » n° 61.

¹⁴⁹² En ce sens, T. GENICON, O. DESHAYES, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *loc. cit.*, p. 11-12 : « l'impérativité d'une règle n'est pas nécessairement exprimée par un texte [...]. Des considérations tenant au caractère fondamental de la prescription édictée — par exemple celle prohibant la violence, les *engagements perpétuels* [...] — peuvent justifier l'impérativité d'une règle malgré son silence sur ce point précis et malgré le principe de liberté contractuelle ». V. égal. C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *op. cit.*

¹⁴⁹³ V. *supra*, n° 153 et s.

choses, mais certains principes doivent outrepasser cette réalité pour devenir intemporels. Le contrat n'a pas vocation à être intemporel mais les libertés fondamentales sont visées. À ce sujet, la résiliation unilatérale ne signifie pas seulement la protection des parties à l'égard du carcan contractuel mais une protection des contractants contre eux-mêmes. Le consentement fait pâle figure vis-à-vis des libertés individuelles¹⁴⁹⁴ : « la liberté des parties doit être protégée, fût-ce contre les volontés à courte vue des parties elles-mêmes »¹⁴⁹⁵. La volonté est valable dans la mesure où une partie n'entend pas se prévaloir dans l'immédiat de son droit de sortir des liens du contrat, mais sa renonciation pour l'avenir n'a pas de valeur. Le même résultat peut être atteint en relativisant le temps de l'acquisition du droit de résiliation. Sa seule naissance, concomitante de celle du contrat à durée indéterminée, ne suffit pas pour le considérer comme tel, si bien qu'il est à la fois acquis et non acquis. Il est acquis pour le temps T, mais non acquis pour les temps T+1, T+2... T+n. En d'autres termes, la prérogative de résiliation unilatérale est en même temps acquise pour l'heure et future pour l'heure suivante tant que dure le contrat. Cela empêche les contractants d'y renoncer définitivement. Ainsi, quand bien même la prérogative de l'article 1211 du Code civil relèverait de l'ordre public de protection, il n'est pas possible d'y renoncer définitivement.

Hormis cette hypothèse, les prérogatives contractuelles impératives peuvent faire l'objet d'une renonciation une fois nées, dans la mesure où elles ne répondent pas à un besoin qui les dépasse. C'est le cas des prérogatives de rétractation accordées à la partie faible d'une situation d'adhésion : le contractant protégé doit pouvoir abréger les délais de repentir. La perte de la prérogative contractuelle peut donc résulter de la renonciation définitive à s'en prévaloir. Seule la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ne peut pas faire l'objet d'une renonciation par les parties.

B. L'extinction de la prérogative contractuelle

336. Les modes d'extinction des prérogatives contractuelles. Il a été précédemment montré que la prescription extinctive n'était pas un mécanisme adapté à la nature des prérogatives contractuelles¹⁴⁹⁶. Celles-ci n'en sont pas moins susceptibles

¹⁴⁹⁴ Sur cette question en général, V. M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

¹⁴⁹⁵ R. LIBCHABER, « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *op. cit.*, spéc. n° 5, p. 441.

¹⁴⁹⁶ V. *supra*, n° 86.

d'extinction, qui s'explique de plusieurs façons. D'abord, certaines prérogatives sont « à usage unique », tandis que d'autres sont « à usages multiples ». Si la clause de modification du quantum de l'obligation peut être exercée plusieurs fois, il ne fait pas sens de calquer ce fonctionnement sur la clause de fixation unilatérale du prix. Une fois mise en œuvre, cette prérogative disparaît du contenu contractuel. Ensuite, la prérogative dont les possibilités de mise en œuvre ne sont pas épuisées par son exercice disparaît avec l'extinction de son contexte, la situation contractuelle dans laquelle elle s'insère. De même que la prérogative ne se cède pas isolément, elle ne survit pas au terme du contrat. La fin de la situation contractuelle signifie la fin du droit. Plus encore, lorsque la prérogative influe directement sur une règle obligationnelle, donc un droit de créance, elle s'éteint avec lui par le mécanisme de l'accessoire. Par exemple, la prérogative de fixation du prix non exercée pendant cinq années ne pourra plus l'être ensuite, puisque le droit de créance sera prescrit. Par analogie avec l'article 1210 du Code civil, aucune prérogative n'est donc perpétuelle. Enfin, la disparition de la prérogative contractuelle peut être antérieure à celle du contrat qui l'abrite et liée à son non usage.

337. Les délais d'exercice. Certaines prérogatives contractuelles voient leur exercice encadré par un délai. Les délais d'exercice instituent une limite temporelle au-delà de laquelle la mise en œuvre de la prérogative n'est plus possible. Les facultés de rétractation, des prérogatives d'agrément, ou encore la prérogative de rachat dans la vente en réméré font l'objet de cette modalité d'exercice. Nombre de délais sont précis : sept jours¹⁴⁹⁷, dix jours¹⁴⁹⁸, quatorze jours¹⁴⁹⁹, trente jours¹⁵⁰⁰, trois mois¹⁵⁰¹ ou cinq ans¹⁵⁰² ; quand d'autres doivent être « raisonnables »¹⁵⁰³, laissant aux parties, et en cas de litige au juge, le soin d'apprécier ce caractère. On peut également mentionner le délai d'exercice de la prérogative de renonciation à la condition, qui continue de courir tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas

¹⁴⁹⁷ V. par ex. art. L. 224-91 C. conso. : prérogative de rétractation du consommateur dans le contrat de courtage matrimonial.

¹⁴⁹⁸ V. par ex. art. L. 271-1 CCH : prérogative de rétractation du non-professionnel dans le contrat de vente d'immeuble.

¹⁴⁹⁹ V. par ex. art. L. 221-18 et L. 312-19 C. conso. : prérogatives de rétractation du consommateur dans les contrats à distance et de crédit à la consommation.

¹⁵⁰⁰ V. par ex. art. L. 132-5-1 C. ass. : prérogative de rétractation de l'assuré personne physique dans le contrat d'assurance-vie.

¹⁵⁰¹ V. par ex. art. L. 223-14, al. 2 et L. 228-24 al. 1^{er} C. com : prérogative d'agrément des coassociés de l'associé cédant.

¹⁵⁰² Art. 1660 C. civ.

¹⁵⁰³ Art. 1307-1 al. 2 C. civ. : la prérogative de choix de l'obligation alternative doit être exercée dans le temps convenu ou, à défaut, dans un délai raisonnable.

défailli¹⁵⁰⁴. Le délai d'exercice de la prérogative de renonciation correspond alors au délai de réalisation de la condition¹⁵⁰⁵. La raison d'être du délai d'exercice n'est pas neutre. Toutes ces prérogatives ont un caractère commun : l'éventualité de leur exercice paralyse l'exécution de la situation contractuelle. Le sujet passif n'est pas seulement dans l'incertitude, il est dans l'attente. « *Faire attendre* : prérogative constante de tout pouvoir » écrivait Barthes dans ses *Fragments*¹⁵⁰⁶. L'existence d'un délai d'exercice y remédie. En effet, l'exercice des facultés de rétractation, qualifiées de prérogative de repentir, empêche la consolidation du lien contractuel : le passage du stade de la création à celui de son exécution est ainsi contrarié¹⁵⁰⁷. Par ailleurs, ces prérogatives n'ont d'utilité qu'au stade, précaire, de la consolidation du contrat. Elles n'ont pas de raison d'être une fois qu'il a commencé d'être exécuté. Tant que ces prérogatives peuvent être mises en œuvre, la situation contractuelle est donc en suspens. Cette paralysie ne devient tolérable qu'à la condition qu'elle soit temporaire. Sans délai, l'exécution du contrat serait sans cesse retardée par l'éventualité de la mise en œuvre de la prérogative. De même, le blocage de la situation contractuelle se conçoit aisément dans l'hypothèse de l'obligation alternative : le créancier, sujet passif de la prérogative de choix sauf stipulation contraire, est en situation d'attente. Tant qu'elle n'est pas exercée, la prestation qui lui revient n'est pas exécutée. Dans le même sens, l'acheteur de la vente à réméré ne devient propriétaire irrévocable qu'une fois acquis le délai d'exercice de la faculté de rachat. De même, si on a pu plaider pour l'admission de la prérogative de renonciation à la condition suspensive défaillie stipulée dans l'intérêt exclusif d'une partie, ce n'est qu'à la condition que son exercice soit encadré par un délai raisonnable¹⁵⁰⁸. À défaut, le sujet passif se trouverait à jamais assujéti au bon vouloir du *potentior*. La condition d'exercice de la prérogative dans un certain délai est donc corrélée à l'existence d'une situation de blocage pour le sujet passif eu égard à la continuité de la situation contractuelle.

338. Qualification des délais d'exercice en délais de forclusion.
L'appréhension des modalités temporelles de l'exercice des droits oppose l'institution de la prescription à la forclusion. L'article 2220 du Code civil affirme sans équivoque la distinction

¹⁵⁰⁴ Art. 1304-4 C. civ.

¹⁵⁰⁵ Sur la découverte d'un délai raisonnable issu de la commune volonté implicite des parties, V. D. MAZEAUD, « Brèves variations sur la condition », *D.* 2015. 1348 et H. BARBIER, « Le terme implicite au secours d'obligations encourant la perpétuité ! », *RTD civ.* 2015. 619, notes sous Cass. Civ. 3^e, 20 mai 2015, n° 14-11.851.

¹⁵⁰⁶ R. BARTHES, « L'Attente », in *Fragments d'un discours amoureux*, Éditions du Seuil, 1997.

¹⁵⁰⁷ V. *supra* n° 194.

¹⁵⁰⁸ V. *supra*, n° 183.

des deux mécanismes. Néanmoins, des auteurs n'ont pas manqué de dénoncer les confusions provoquées par ces « notions broussailleuses »¹⁵⁰⁹. En principal, « que le délai procède d'une forclusion ou d'une prescription, son écoulement empêche en toute occurrence à qui se prétend titulaire d'un droit de le faire reconnaître et de le faire exécuter »¹⁵¹⁰. Pourtant, la prescription n'a pas la même fonction que la forclusion : « un droit temporaire est autre chose qu'un droit prescriptible »¹⁵¹¹. Les prérogatives contractuelles ont pu être qualifiées de droits imprescriptibles compte tenu de leur appartenance à la catégorie des droits-exclusion¹⁵¹². En revanche, le rôle du délai de forclusion – ou « délai préfix »¹⁵¹³ – est de « limiter la durée d'existence » d'un droit¹⁵¹⁴. Il existe bien une différence de nature entre la prescription et la forclusion. D'une part, explique Madame Bandrac, le temps ne joue pas le même rôle dans l'un et l'autre de ces mécanismes. Le délai de forclusion fixe « dans son maximum la durée d'une situation juridique », tandis que le délai de prescription fixe « dans son minimum celle d'un fait contraire au droit, propre à éteindre une telle situation »¹⁵¹⁵. D'autre part, l'abstention ne joue pas le même rôle. Les prérogatives contractuelles concernées sont des droits consommables par leur premier et seul usage. Par exemple, la faculté de rétractation n'est pas destinée à être mise en œuvre plusieurs fois ; elle ne peut pas être réutilisée. Par conséquent, l'abstention du *potentior*, c'est-à-dire le non-exercice de ces droits, implique d'abord leur survie. De la sorte, si l'abstention intervient dans le mécanisme de la forclusion, elle n'en est pas la cause à l'inverse de la prescription extinctive¹⁵¹⁶. L'abstention du *potentior* a pour conséquence l'extinction de la prérogative au terme extinctif, mais l'exercice de la prérogative, en tant que droit consommable, aurait engendré sa suppression avant l'expiration du délai. En ce sens, l'abstention n'est pas le ressort principal de la disparition de la prérogative : seul le terme extinctif l'est. L'extinction des prérogatives soumises à un délai

¹⁵⁰⁹ N. BALAT, « Forclusion et prescription », *op. cit.*, n° 1. V. aussi X. LAGARDE, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *D.* 2018. 469 ; E. JEULAND et C. CHARBONNEAU, « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, dir. P. JOURDAIN et P. WERY, Schulthess et Bruylant, 2010, p. 173.

¹⁵¹⁰ X. LAGARDE, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *op. cit.*, p. 470. Dans le même sens, E. JEULAND et C. CHARBONNEAU, « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *op. cit.*, p. 179.

¹⁵¹¹ M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *op. cit.*, n° 181, p. 178. Comp. N. BALAT, « Forclusion et prescription », *op. cit.*, spéc. n° 13 et s., p. 756 et s.

¹⁵¹² V. *supra*, n° 87.

¹⁵¹³ E. JEULAND et C. CHARBONNEAU, « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *op. cit.*, p. 173 : « on parle plutôt de délais de forclusion lorsqu'ils sont établis par un texte et de délais préfix lorsqu'ils sont mis à jour par la jurisprudence ou étudiés par la doctrine ». Adde M. VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *op. cit.*

¹⁵¹⁴ M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *op. cit.*, n° 181, p. 178.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, *op. cit.*, n° 182, p. 179.

d'exercice n'est pas vouée à supprimer une contradiction entre le fait et le droit mais empêche d'instaurer une paralysie de la situation contractuelle. La qualification des délais d'exercice des prérogatives contractuelles en délais de forclusion est donc envisageable au regard de l'esprit de ce mécanisme.

Plusieurs critères ont été avancés par la doctrine qui se sont révélés inefficaces¹⁵¹⁷. Pourtant, il est courant de lire que les délais de forclusion sont « rigoureux »¹⁵¹⁸. Cette description est liée au caractère arithmétique du délai de forclusion, qui se conçoit comme « la réalisation purement mathématique de l'écoulement du temps d'un point de départ à un terme que rien ne semble pouvoir arrêter »¹⁵¹⁹. Le délai de forclusion dispose ainsi d'un point de départ objectif : « ce dernier est fixé de manière neutre, par rapport à un phénomène extérieur au sujet. [...] Il fixe une limite temporelle objective à ne pas dépasser. [...] Il est exclusif de toute idée de négligence car il ne fait que fixer *ab initio*, et de manière impartiale, un temps alloué au bénéficiaire d'un avantage juridique pour s'en prévaloir »¹⁵²⁰. Cette rigoureuse objectivité implique un faible nombre de causes de suspension et d'interruption¹⁵²¹, à l'inverse de la prescription, mais permet au juge une certaine latitude quant à son prononcé¹⁵²², contrairement à la déchéance qui revêt une dimension punitive¹⁵²³. La physionomie des délais d'exercice des prérogatives contractuelles correspond à ces caractéristiques. Pour la plupart, leurs points de départ sont neutres et en ce sens « objectifs ». Le plus souvent, le délai commence à courir au jour de la conclusion du contrat¹⁵²⁴, ou bien à compter d'un événement objectif tel que la réception du bien acheté¹⁵²⁵ ou la notification du projet de cession¹⁵²⁶. Il arrive aussi, cependant,

¹⁵¹⁷ V. not. S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, préf. L. CADIET, Dalloz, 2002, n° 49 et s., p. 45 et s. En particulier, l'idée que les délais de forclusion seraient de courte durée par rapport aux délais de prescription ne semble pas se vérifier.

¹⁵¹⁸ S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, *op. cit.*, n° 44, p. 42 ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 474, p. 417 ; E. JEULAND et C. CHARBONNEAU, « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *op. cit.*, p. 179, qui citent Cass. Soc. 8 fév. 1973, *Bull. civ. V*, n° 75 : le délai préfix est « un délai de rigueur édicté à peine de forclusion et de déchéance ».

¹⁵¹⁹ E. JEULAND et C. CHARBONNEAU, « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *op. cit.*, p. 181.

¹⁵²⁰ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 474, p. 417.

¹⁵²¹ S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, *op. cit.*, n° 46, p. 42 ; M. VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *op. cit.*, n° 20 et s., p. 457 et s. ; X. LAGARDE, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *op. cit.*, p. 470.

¹⁵²² B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 475, p. 419.

¹⁵²³ V. *infra*, n° 442.

¹⁵²⁴ V. art. L. 221-18, 1°, C. conso. ; art. L. 224-91 C. conso. ; art. L. 312-19 C. conso ; art. L. 271-1 CCH. Par ailleurs, la conclusion du contrat de promesse est en pratique toujours le point de départ à partir duquel commence à courir le délai pour lever l'option lorsqu'un délai est stipulé. Le délai d'exercice de la prérogative de réméré court également à compter de la conclusion de la vente.

¹⁵²⁵ Art. L. 221-18, 2° C. conso.

¹⁵²⁶ Art. L. 223-14 C. com.

que les événements à compter desquels le délai d'exercice commence à courir soient doubles. En droit des assurances, par exemple, le délai d'exercice de la rétractation du souscripteur court à compter du jour où l'assuré personne physique est informé que le contrat est conclu mais à condition que l'assureur se soit plié au formalisme destiné à informer le souscripteur de l'existence de sa prérogative¹⁵²⁷. Pour autant, l'expiration du délai et la disparition corrélative de la prérogative n'ont pas vocation à sanctionner une négligence du *potentior* mais à prendre acte de sa décision de s'abstenir de réaliser la modification qui lui était offerte et permettre, ainsi, la continuité de la situation contractuelle telle qu'elle a été conclue. La neutralité des délais d'exercice des prérogatives contractuelles permet alors de les considérer comme de simples « délais de péremption »¹⁵²⁸, qui s'analysent en délais de forclusion.

La forclusion peut être comparée à la déchéance. Le délai d'exercice laissé au *potentior* pour mettre en œuvre sa prérogative se traduit par la perte du droit substantiel en cas d'abstention de sa part, ce qui rassemble les deux mécanismes. Cependant, les délais de forclusion sont « de simples délais “abortifs”, dénués de connotation punitive »¹⁵²⁹ ce qui les distingue de la déchéance. « Étymologiquement, “forclore” signifie en effet “exclure”, tandis que “déchoir”, du latin *cadere*, renvoie, de manière dépréciative, au fait de tomber. Ceci confirme que la déchéance comporte une dimension punitive que la forclusion ne possède pas. Celui qui est forclos s'exclut de lui-même d'une prérogative ou d'un droit. Il n'est pas puni »¹⁵³⁰. La déchéance sanctionne alors une négligence pour le titulaire d'un droit voué à lui procurer un avantage¹⁵³¹. Le non-exercice d'une prérogative ne constitue pas un manque de diligence la plupart du temps. Ne pas exercer une faculté de rétractation doit être interprété comme l'affirmation du consentement du *potentior* à la consolidation du contrat et de sa volonté d'en permettre le passage à l'étape de son exécution. Y voir un « fiction de volonté » exprimant en réalité l'absence de réactivité du *potentior* serait prêter à ce dernier une volonté inexistante dans la majorité des cas¹⁵³². Dans la déchéance, la punition procède de la perte d'un avantage. En l'occurrence, il n'y a pas à proprement parler de perte d'un avantage : le *potentior*

¹⁵²⁷ Art. L. 132-5-1 et L. 132-5-2 C. ass.

¹⁵²⁸ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 474, p. 418.

¹⁵²⁹ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *loc. cit.*, n° 255, p. 218. Comp. M. VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *op. cit.*, p. 446 ; E. SALLE DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », *op. cit.*, p. 1038 ; A. BESSON, « La notion de déchéance en matière d'assurance », *RGAT* 1936. 225, n° 2, p. 230 : ces auteurs assimilaient la forclusion à la déchéance. V. plus récemment F. ROUVIERE, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA* 31 juil. 2009, n° 152, p. 7, spéc. n° 7 : « chaque fois qu'un délai a pour fonction de punir civilement un comportement tardif, il s'agit d'un délai de forclusion ».

¹⁵³⁰ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 506, p. 370.

¹⁵³¹ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 430, p. 376.

¹⁵³² Comp. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *loc. cit.*, n° 474, p. 417.

considère que la modification qui lui est offerte n'en est pas un. Ce serait confondre l'avantage objectif que confère la prérogative, qui réside dans la puissance décisionnelle, avec l'avantage subjectif de l'effet de cette puissance décisionnelle, c'est-à-dire la modification. Contrairement aux droits qui confèrent objectivement un avantage à leur titulaire par leur effet, comme le droit d'exiger paiement de la caution en cas de défaillance du débiteur principal, les prérogatives contractuelles proposent des modifications dont le caractère avantageux n'est qu'une appréciation personnelle, donc subjective, de leur titulaire. La perte de la modification permise par la prérogative est objectivement neutre.

La qualification des délais d'exercice en délais de forclusion, en dépit de la neutralité qu'on lui prête, n'en rend pas moins ses manifestations essentielles. Les délais de forclusion mériteraient d'être davantage répandus.

339. Proposition de généralisation partielle d'un délai d'exercice raisonnable. Le délai d'exercice n'est pas toujours souhaitable ; il serait même abscons à certains égards. Instituer une limite temporelle pour la prérogative de résiliation de l'article 1211 du Code civil serait insensé, par exemple. Au regard de leur effet, certaines prérogatives doivent exister tant que vit le contrat. En revanche, le délai d'exercice s'avère nécessaire lorsque le silence du *potentior* ne peut pas être équivalent à la décision de ne pas modifier la règle contractuelle. Cette situation survient chaque fois que la décision du *potentior* est requise pour assurer la continuité de la situation contractuelle. Il peut d'abord s'agir de l'exécution du contrat : la prérogative de fixation du prix en constitue un exemple probant, de même que la prérogative de choix dans l'obligation alternative. La continuité de la situation contractuelle peut, en outre, viser la création d'un autre contrat qui s'insère dans la même situation contractuelle. Il en va ainsi de la prérogative d'agrément, par exemple dans l'hypothèse d'une cession de parts sociales par l'un des coassociés d'une SNC, ou dans le cas d'une cession du droit au bail¹⁵³³. Dans les deux hypothèses, le sujet passif est en situation d'attente à l'égard du *potentior*. Des arrêts ont montré que l'inertie prolongée du titulaire de la prérogative avait causé un préjudice au sujet passif. Les tribunaux ne disposant que du devoir de bonne foi comme outil à leur disposition, c'est sur le fondement de la déloyauté que le *potentior* avait été sanctionné¹⁵³⁴. Pourtant, généraliser la condition d'exercice des ces

¹⁵³³ Cass. Com. 6 fév. 2019, *op. cit.* ; Cass. Civ. 3^e, 12 juil. 2018, *op. cit.*

¹⁵³⁴ *Ibid.* V. *infra* n° 377.

prérogatives dans un délai raisonnable serait plus approprié¹⁵³⁵. La situation du sujet passif, en particulier, s'en trouverait améliorée. D'une part, prévoir une telle sanction aurait un caractère comminatoire efficace, qui dissuaderait nombre de *potentiores* face à la tentation de l'attentisme. D'autre part, plutôt que de devoir recourir au juge de façon systématique sur le fondement du devoir de bonne foi, la perte automatique du droit au-delà d'un délai d'attente raisonnable diminuerait les litiges¹⁵³⁶. À cet égard, deux voies doivent être envisagées, selon la nécessité de la mise en œuvre de la prérogative. Si celle-ci est essentielle à l'exécution du contrat, comme la fixation du prix, sa perte ne peut pas se comprendre comme une simple extinction de la prérogative. Certes, il serait toujours possible de recourir au juge pour fixer le prix dès lors qu'il est la contrepartie d'un service, mais cette solution ne présente pas d'avantages par rapport à la saisie du juge pour abus. Aussi, à l'image du régime de l'obligation alternative (article 1307-1 al. 2 C. civ.), un déplacement de la titularité de la prérogative pourrait être prévu, au choix avec une résolution pour inexécution. Le sujet passif deviendrait *potentior* et inversement, à charge pour lui de respecter l'ensemble des conditions d'exercice de la prérogative, en particulier celle de loyauté, ainsi qu'une mise en demeure préalable destinée à prévenir le *potentior* initial du risque de perdre le bénéfice de sa prérogative¹⁵³⁷. Le débiteur pourrait donc être amené à fixer le prix de la prestation si, après avoir attendu que le créancier le fasse postérieurement à l'exécution de la prestation-contrepartie pendant un temps raisonnable, celui-ci persiste dans son inertie. Cette condition d'exercice dans un délai raisonnable et la sanction proposée devraient faire l'objet d'un troisième alinéa aux articles 1164 et 1165 du Code civil. En revanche, si l'exercice de la prérogative n'est pas indispensable à la continuité de la situation contractuelle mais a été rendu nécessaire par une clause ou une disposition, l'extinction de la prérogative compte tenu de l'attentisme de son titulaire paraît appropriée. En effet, la prérogative d'agrément est une protection que la loi ou le contrat accorde à une partie en vue de se prémunir contre l'arrivée

¹⁵³⁵ Sur le caractère raisonnable du délai et le choix du législateur d'en faire un usage important dans la réforme du droit des contrats, V. J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018. 521, spéc. p. 523 : « Ces standards offrent en effet l'avantage de la souplesse et de l'adaptabilité aux situations de fait, à la différence de délais rigides qui pourraient être tantôt trop longs, tantôt trop courts selon les circonstances. Par ailleurs, on peut observer que la référence du standard du meilleur délai ou du délai raisonnable peut se retrouver dans les contrats internes ou internationaux. Ce qui signifie à la fois que les juges sont habitués à ces standards, mais aussi qu'ils n'effraient pas les praticiens ». V. égal. G. KAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé français », *RTD civ.* 1984. 439.

¹⁵³⁶ Le recours au juge devrait alors avoir pour fondement le caractère raisonnable ou non du délai laissé par le sujet passif au *potentior* pour exercer sa prérogative. Dans tous les cas où l'attentisme du *potentior* serait causé par un désintérêt de sa part et non par une quelconque « stratégie », on peut toutefois estimer que ce dernier s'accommodera de la perte de sa prérogative sans qu'un litige naisse.

¹⁵³⁷ V. *infra*, n° 492.

intempestive d'un cocontractant non désiré. Elle n'est pas, par essence, nécessaire à la constitution du nouveau contrat. Son non-exercice au-delà d'un délai raisonnable devrait engendrer la disparition pure et simple du droit, ce qui revient à déclarer l'agrément acquis. La sanction de la perte de la prérogative ne peut toutefois pas être mise en œuvre sans un texte qui la consacre, ce qui est parfois le cas¹⁵³⁸. En l'absence de disposition légale, on ne peut donc que conseiller aux parties de la stipuler dans leur contrat.

340. **Délai d'exercice inversé.** Un autre type de délai d'exercice pourrait, en revanche, être davantage développé. Il se trouve « inversé » dans la mesure où il ne crée pas une date butoir à compter de laquelle l'exercice de la prérogative n'est plus possible, mais une date à *partir de laquelle* la prérogative devient envisageable. Ce délai serait particulièrement utile en matière de prérogative de résiliation unilatérale insérée dans des contrats qui ont nécessité de lourds investissements pour l'une des parties au moment de sa formation. Une durée minimale serait ainsi imposée, permettant de réduire les situations de déloyauté¹⁵³⁹. En l'absence de disposition légale à ce sujet néanmoins, il revient aux parties de se prémunir contre ce type de risques en insérant ce type de délai dans leur contrat.

341. **Conclusion de la section.** Le transfert de la prérogative résulte en principe du transfert de la qualité de partie au contrat, que celui-ci soit le fait d'un acte de cession, ou à cause de disparition de la personne du contractant. La prérogative ne se cède pas isolément. L'hypothèse du déplacement de titularité à cause de non-exercice intervient de façon subsidiaire, pour sanctionner l'inaction autant que prévenir la déloyauté du *potentior* originel. La modification de la qualité de titulaire de la prérogative peut, également, résulter de son extinction. Ses causes sont plurielles. En particulier, la prérogative ne survit pas à la disparition de la situation contractuelle. Les délais d'exercice suppriment, également, la possibilité d'exercice. Ils ont pour fonction d'endiguer le risque de paralysie de la situation contractuelle lorsque l'abstention du *potentior* entrave sa bonne exécution. Ils ne sont donc pas toujours nécessaires mais lorsqu'ils le sont, les délais d'exercice s'avèrent essentiels. L'encadrement temporel de la prérogative évite des situations illimitées de « dictature de la volonté »¹⁵⁴⁰,

¹⁵³⁸ Les articles L. 223-14, al. 2 C. com. (société à responsabilité limitée) et art. L. 228-24 al. 1^{er} C. com. (société anonyme) disposent que les coassociés de l'associé-cédant ont un délai de trois mois pour exercer leur prérogative sous peine de voir l'agrément acquis.

¹⁵³⁹ V. aussi *infra*, n° 398.

¹⁵⁴⁰ V. I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 180, p. 193 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 640, p. 364.

insoutenables si le sujet passif y était indéfiniment soumis. L'extinction des prérogatives contractuelles peut donc être la conséquence de diverses causes et se traduit par la disparition de la titularité du droit. La titularité de la prérogative ne constitue pas un acquis pérenne, en dépit du caractère imprescriptible de ces droits.

342. **Conclusion du chapitre.** La titularité de la prérogative contractuelle s'est présentée comme la première des conditions d'exercice. Sa détermination a mis en lumière les possibilités de conflits entre *potentiores* – cocontractants ou membres associés au sein d'une partie conjonctive – ainsi que les hypothèses de concurrence entre prérogatives aux mains d'une même titulaire. L'étude a, en outre, confirmé la diversité de ces droits en ce qui concerne le régime de la titularité des prérogatives. Les causes de modifications sont variables. Si le changement de *potentior* n'est pas toujours possible, il ne peut jamais, en revanche, s'opérer de façon isolée. En cela, le lien entre la prérogative et son contexte, la situation contractuelle, est inamovible. Ce que l'on pressentait se confirme : la prérogative n'est contractuelle que par son appartenance au contrat, indépendamment de sa source. Elle n'est pas un droit autonome qui peut exister au-delà de son extinction. Sa raison d'être est bien celle d'assurer une marge de manœuvre aux parties, prises dans des liens obligatoires. D'ailleurs, la perte de la prérogative résulte toujours, en dernier recours de l'achèvement du contrat, bien qu'elle puisse lui être antérieure. Les délais d'exercice constituent, à cet égard, une protection du sujet passif face au *potentior* négligent ou trop hésitant. Ils sont, ensuite, garants de l'utilité de la prérogative. Il arrive que son exercice ne se justifie qu'à une certaine période de la vie contractuelle, ce pourquoi elle ne peut plus être mise en œuvre au-delà. Une fois la titularité de la prérogative acquise, la puissance dont dispose le *potentior* se trouve encore limitée. L'exigence de bonne foi à laquelle il est soumis constitue un principe directeur à l'origine de conditions requises lors de l'exercice de la prérogative contractuelle.

CHAPITRE 2. LA BONNE FOI

343. « Depuis que le droit s'est humanisé, il s'est pénétré d'un principe bienfaisant, qu'on a appelé le principe de la bonne foi et qui s'est imposé au respect général. [...] Mais si l'on cherche à le définir, l'embarras commence »¹⁵⁴¹. Standard par excellence, la bonne foi imposée aux contractants se caractérise tant par son importance que par l'indétermination de son contenu. Elle « offre un saisissant contraste entre une apparence de classicisme, manifestée par un texte inchangé, et une réalité franchement moderne, qui révèle une véritable création jurisprudentielle »¹⁵⁴². Présentée comme l'un des « trois principes fondamentaux » du droit des contrats par le Rapport au Président de la République consécutif à l'ordonnance du 10 février 2016, la bonne foi a gagné son autonomie en obtenant sa propre disposition. Du troisième alinéa de l'article 1134, elle passe ainsi à l'article 1104 du Code civil, avec pour fonction de permettre « un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté »¹⁵⁴³. Les rédacteurs du Rapport ne s'y sont pas trompés : un principe de droit, selon Roubier, est « le résultat d'un effort d'abstraction et de généralisation, qui a une force de rayonnement très supérieure à celle de la règle ordinaire, dont l'objet est un point particulier et précis »¹⁵⁴⁴. Un principe se caractérise par la « série indéfinie d'applications »¹⁵⁴⁵ et par son caractère transcendantal, ce qui sied sans doute à l'exigence de bonne foi¹⁵⁴⁶.

Pourquoi rappeler, alors, que le juge peut sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative sur son fondement, comme l'a fait la Chambre commerciale dans l'arrêt *Les Maréchaux* ? La réponse tient à la nature particulière des droits en cause. La décision qui en est l'objet génère des incertitudes pour le sujet passif. L'exercice de la prérogative ne consiste pas à réaliser ce

¹⁵⁴¹ F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, Dalloz, 1928, Introduction, p. 9.

¹⁵⁴² A. BENABENT, « Rapport français », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XLIII, Litec, 1992, p. 291.

¹⁵⁴³ V. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., Chap. 1^{er} : Dispositions liminaires.

¹⁵⁴⁴ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 12, p. 111 ; Adde J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 74 et s.

¹⁵⁴⁵ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Études offertes à G. Ripert, Le droit privé au milieu du XX^e siècle*, T. 1, LGDJ, 1950, p. 50, spéc. n° 5. V. égal. M. FABRE-MAGNAN, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », *RDC* 2012. 1430.

¹⁵⁴⁶ Un principe directeur irradie toutes les règles de droit, générales et spéciales. Pour une application de la bonne foi à propos d'une clause résolutoire mise en œuvre sur le fondement de l'art. L. 622-14 C. com., propre au bailleur dont le preneur fait l'objet d'une procédure collective, V. Cass. Civ. 3^e, 14 sept. 2017, n° 16-18.840 ; *RTD civ.* 2017. 858, H. BARBIER ; *D.* 2018. 371, M. MEKKI.

qui a été organisé par consensus ; il consiste à réaliser une possibilité entrevue par les parties mais sur laquelle elles ne se sont pas accordées. Par conséquent, l'exercice de bonne foi d'une prérogative contractuelle ne peut être appréhendé de la même manière que les autres droits du contrat pour lesquelles l'incertitude est moindre, souvent même inexistante. L'adaptation du contrat n'est supportable que dans la mesure où elle reste conforme à la confiance accordée par celui qui la subit et aux attentes qui en découlent. Cette particularité, due à la nature de la prérogative contractuelle, justifie que les fautes du *potentior* dans l'exercice de sa prérogative fassent l'objet d'un traitement spécifique. La bonne foi s'oppose ainsi à l'incohérence du comportement, vecteur de trahisons et de déceptions pour le sujet passif (Section 1).

Sous l'égide du principe directeur de bonne foi, deux catégories de conditions apparaissent. Les conditions substantielles, qui sont des manifestations directes de la règle issue de l'article 1104 du Code civil (Section 2) et les conditions formelles sont des émanations autonomes du principe de bonne foi (Section 3).

Section 1. Le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat

344. « Ne faites point aux autres ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fît et faites pour eux ce que vous voudriez qui vous fût fait » résumait Portalis¹⁵⁴⁷. L'injonction aux allures évangéliques est complétée ainsi : « Cette règle est l'amour des autres dérivé de l'amour de soi, et l'amour de soi donné pour mesure de ce que l'on doit aux autres ». Néanmoins, « le juste milieu “entre une charité impraticable et un égoïsme inhumain”¹⁵⁴⁸ est un point fort mobile. De la “coopération antagoniste” à la “fraternité” contractuelle¹⁵⁴⁹, chaque relation appelle un *affectio contractus*¹⁵⁵⁰ qui lui est propre »¹⁵⁵¹. Ce qu'on attend de la loyauté est variable : de l'*homo homini lupus* à l'*homo homini deus*, d'innombrables perceptions peuvent s'affronter¹⁵⁵². Et pour cause : « la morale ne se décrète pas : elle est le fruit d'un dialogue

¹⁵⁴⁷ J.-E.-M. PORTALIS, « De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e », chapitre XXII, in *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 258.

¹⁵⁴⁸ A. DE BERSAQUES, note sous CA Liège, 14 fév. 1964, *RCJB* 1969, 497, n° 4 p. 503. La note est de l'auteur.

¹⁵⁴⁹ Pour reprendre les expressions de MM. Carbonnier (*Obligations*, n° 114) et Sériaux (*Droit des obligations*, n° 55). La note est de l'auteur.

¹⁵⁵⁰ Selon le terme de M. Jacques MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1985, p. 41 et s., p. 51. La note est de l'auteur.

¹⁵⁵¹ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 220, p. 197, et n° 241 et s., p. 210 et s.

¹⁵⁵² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 89, p. 87, qui renvoie à J. LAGREE, « L'homme, un loup ou un dieu pour l'homme ? », in *L'amitié*, dir. S. JANKELEVITCH et B. OGILVIE, Autrement, 1995, p. 116.

intime, d'une éducation de la conscience, d'une tension vers un idéal »¹⁵⁵³. Une même action peut être vue comme un abus chez les uns, comme de l'habileté chez les autres¹⁵⁵⁴. L'exigence de loyauté contractuelle n'est jamais niée mais des échelles très diverses sont décelables, qui aboutissent à des issues parfois opposées. Pourtant, une certaine unité se fait jour au regard de la recherche de prévisibilité, liée à la conception du contrat comme « acte de prévision »¹⁵⁵⁵. La bonne foi consiste, en ce sens, à garantir les prévisions, les attentes, et plus généralement la confiance légitimes des contractants. Si le contrat a vocation à permettre aux parties de domestiquer un futur inconnu, la bonne foi assure, dans une certaine mesure, la réalisation du futur envisagé. On comprend, dès lors, la place centrale qu'elle occupe au sein des conditions d'exercice des prérogatives contractuelles, porteuses par nature d'incertitude : « la confiance est l'âme des contrats »¹⁵⁵⁶ (§1). La protection de la confiance accordée par le sujet passif passe par l'exigence de non-contradiction de ses prévisions légitimes. L'exercice de la prérogative contractuelle ne doit pas surprendre celui qui le subit. À cet égard, le *potentior* doit adopter des comportements cohérents avec ce que son cocontractant a pu prévoir (§2).

§1. La protection de la confiance des parties

345. La notion contemporaine de bonne foi n'est pas univoque mais regroupe deux significations principales que le droit français des contrats utilise¹⁵⁵⁷. La bonne foi est, d'une part, une attitude traduisant une « croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière »¹⁵⁵⁸. Elle renvoie, d'autre part, à un « comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation »¹⁵⁵⁹. Il s'agit de deux états psychiques distincts : « tantôt une disposition de l'intelligence (c'est la bonne foi protégée), tantôt une disposition de la volonté (c'est la bonne foi exigée) »¹⁵⁶⁰. Le premier état décrit une situation concrète et factuelle. Il donne, par exemple, lieu à répétition de l'indu lorsque le paiement a été fait par erreur¹⁵⁶¹. La seconde acception reflète une règle comportementale à laquelle les sujets de droit sont tenus

¹⁵⁵³ P. LE TOURNEAU, « Existe-t-il une morale des affaires ? », in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 8, spéc. n° 12, p. 13.

¹⁵⁵⁴ S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats...*, loc. cit.

¹⁵⁵⁵ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. cit et loc. cit., p. 106 : le contrat est « l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits en les intégrant d'avance dans un acte de prévision ». H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », op. cit. et loc. cit., p. 643.

¹⁵⁵⁶ G. CORNU, *RTD civ.* 1963. 572, p. 574.

¹⁵⁵⁷ V. not. G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946. 75.

¹⁵⁵⁸ V. « Bonne foi », in *Vocabulaire juridique*, op. cit.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*

¹⁵⁶⁰ Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A.* (Aix-en-Provence – 28 mai 1993), PUAM, 1993, p. 57, spéc. n° 2, p. 58.

¹⁵⁶¹ Art. 1302 et s. C. civ.

de se conformer. C'est surtout sous cet angle que la bonne foi est connue, tant par l'importance de la règle que par les incertitudes qui l'entourent. Sincérité, fidélité, honnêteté, intégrité ou probité¹⁵⁶² sont les maîtres mots d'un concept au caractère essentiellement fonctionnel¹⁵⁶³. « Notion à contenu variable »¹⁵⁶⁴, sa signification est suffisamment flexible pour s'adapter à la diversité des situations soumises à la vie juridique. Toutefois, en dépit de ce que la « relativité est l'un des éléments de [sa] définition »¹⁵⁶⁵, celle-ci reste déterminable au regard du rôle qu'on lui confère dans le contrat. La bonne foi se rattache à la confiance, fondement du contrat, tant dans sa dimension historique qu'au vu de la fonction qu'elle remplit (A). De la confiance procède des attentes et des prévisions. Le sujet passif, par l'analyse de ce qu'il peut légitimement escompter, est en situation d'anticiper la modification qui survient. La surprise est ainsi évitée ; il est à même d'agir au mieux de ses intérêts (B).

A. La bonne foi, émanation de la confiance

346. La confiance aux origines de la bonne foi. Dans l'Antiquité, *Fides* est une divinité dont le siège se trouve dans la main droite des citoyens¹⁵⁶⁶, une « vieille déesse aux cheveux blancs, plus vieille que Jupiter lui-même (car il fallait qu'elle soit déjà là pour qu'un ordre fût possible dans le monde) »¹⁵⁶⁷. En latin, la *fides* renvoie à la « confiance », à la « loyauté »¹⁵⁶⁸. Le droit romain s'est emparé de cette figure pour faire naître divers mécanismes juridiques¹⁵⁶⁹. La notion de bonne foi disparaît avec la chute de l'Empire romain et réapparaît

¹⁵⁶² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 91 et s., p. 88 et s. ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 6, p. 11 ; M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat...*, loc. cit., n° 1226 et s., p. 1271 ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats...*, op. cit., spéc. n° 178 et s., p. 146 et s. ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, n° 553 et s., p. 298 et s. ; S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2013, spéc. n° 104, p. 93. Comp. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, op. cit., t. II, n° 1202 et s., p. 889 et s. ; V. égal. 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*, V.-L. BENABOU et M. CHAGNY (dir.), Thes&Commentaires, Dalloz, 2008, p. 109 ; L. AYNES : « Rapport de synthèse », in *La confiance en droit privé des contrats*, op. cit., p. 151 ; H. MUIR WATT, « Reliance et définition du contrat », in *Mél. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57.

¹⁵⁶³ Les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes... [...] Les notions fonctionnelles, au contraire, sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité », V. G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser, ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G.* 1950. I. 851, n° 4. Adde G. WICKER, *Les fictions juridiques...*, op. cit., spéc. n° 6.1.

¹⁵⁶⁴ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 174 ; C. PERELMAN et R. VANDER ELST, « Les notions à contenu variable en droit », *Travaux du centre national de recherches de logique*, Bruylant, Bruxelles, 1984. V. égal. C. PERELMAN, *Ethique et droit*, op. cit., p. 788 et s.

¹⁵⁶⁵ J.-L. BERGEL, *Ibid.*

¹⁵⁶⁶ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 517, note 2.

¹⁵⁶⁷ A. SUPIOT, *Homo Juridicus*, op. cit., p. 152.

¹⁵⁶⁸ V. « Foi », in *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit.

¹⁵⁶⁹ Par ex. les *fideicommiss*, mécanismes proches des legs (*Ibid.* p. 977 et s.) ou encore la fiducie, opération par laquelle le propriétaire transférait la propriété de sa chose à l'autre partie qui convient de la lui rendre

sous l'influence des glossateurs, empreinte cette fois de catholicisme¹⁵⁷⁰. Saint Augustin puis Saint Thomas d'Aquin se saisissent de la notion pour la développer sous le prisme de la foi catholique et l'opposer au péché¹⁵⁷¹. Les canonistes médiévaux formulent la règle *pacta sunt servanda* : « Les actes du chrétien doivent en effet toujours être fondés sur la Vérité. Le fidèle se doit d'être fidèle à sa parole ; celui qui promet et ne tient pas sa promesse agit contrairement à la Vérité ; il trompe son prochain et commet un péché mortel. Le respect de la parole donnée a donc d'abord été posée comme une règle morale »¹⁵⁷². Sur ces fondements, la *fides* a connu une diversification terminologique¹⁵⁷³. Dans son sens objectif, la foi « contient l'idée d'engagement, de promesse »¹⁵⁷⁴. Elle renvoie par exemple, dans le système féodal, au serment de fidélité qui liait le vassal à son seigneur. Dans son sens subjectif, la foi relève de la croyance, en premier lieu dans la religion et, par extension, s'assimile à la confiance¹⁵⁷⁵.

L'avènement de la modernité a substitué la foi, entendu comme qualité morale et religieuse, à la bonne foi, prise en tant que règle juridique¹⁵⁷⁶. Domat l'exprime en ces termes : « [q]u'en toutes sortes d'engagements, soit volontaires, ou involontaires, il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foy & de toute autre manière de nuire et de faire tort »¹⁵⁷⁷. Pothier, pour sa part, rejette « toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre »¹⁵⁷⁸. Domat et Pothier à la suite des canonistes médiévaux tiennent pour

ultérieurement. Le mécanisme principal a opposé les contrats formalistes de droit strict et les contrats *bonæ fidei*, la *summa divisio* valant également pour les actions qui y étaient attachées. Tandis que pour les contrats formalistes, le contenu est entièrement déterminé par l'interprétation littérale des termes employés, les contrats *bonæ fidei* se caractérisent par la souplesse de l'interprétation que le juge peut en faire. V. P. F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, *op. cit.*, p. 693 et s.

¹⁵⁷⁰ V. S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 1 et s., 22 et s.

¹⁵⁷¹ V. not. R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2016, n° 14 et s., p. 18 et s. ; Adde SAINT AUGUSTIN, *Œuvres complètes*, t. 22, Louis Vivès, 1870, p. 32 ; SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, t. 8, trad. et annotée par F. Lachat, Louis Vivès, 1857, p. 186, d'après R. JABBOUR, *ibid.*

¹⁵⁷² A. SUPLOT, *Homo Juridicus*, *op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁷³ V. « Foi », in *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.*

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

¹⁵⁷⁶ V. « Bonne foi », E. ZOLLER, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

¹⁵⁷⁷ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1723, t. I, 1^{re} Partie, Livre 1^{er}, chap. V, p. VII.

¹⁵⁷⁸ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, Partie I, chap. I, §. III, n° 28 et s., p. 101. Selon l'auteur, si « dans le for intérieur, on doit regarder comme contraire à cette bonne foi tout ce qui s'écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse [...] Dans le for extérieur, une partie ne seroit pas écoutée à se plaindre de ces légères atteintes que celui avec qui il a contracté auroit données à la bonne foi ; autrement il y auroit un trop grand nombre de conventions qui seroient dans le cas de la rescision, ce qui donneroit lieu à trop de procès, et causeroit un dérangement dans le commerce ». Ce dernier tempérament semble consacrer l'évolution de la bonne foi, qui passe de la sphère morale et religieuse à la sphère juridique. La prise en compte des impératifs juridictionnel et économique pour nuancer l'action en rescision démontre la volonté de Pothier de se poser en jurisconsulte plutôt qu'en théologien. V. not. R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 18, p. 24 ; Adde J. BOULAIRE, *Bona fides, Contribution à l'étude des fondements du principe de*

élevée la règle du respect de la parole donnée. L'école du droit naturel dont ils sont, avec d'autres, les disciples « fait une place de choix au contrat et à sa force obligatoire : pour Pufendorf, “une des maximes les plus inviolables du droit naturel, et de l'observation de laquelle dépend tout l'ordre, toute la beauté, et tout l'agrément de la vie humaine est que chacun doit tenir inviolablement sa parole, c'est-à-dire effectuer ce à quoi il s'est engagé par quelque promesse ou par quelque convention” »¹⁵⁷⁹. L'avènement du Code civil consacre le principe juridique de bonne foi. Les rédacteurs du Code proclament que : « [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi ». Reléguée à la troisième place de l'ancien article 1134 mais frappée du sceau des impératifs catégoriques, ils élaborent l'une des formules législatives les plus mystérieuses qui soient. C'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il est revenu d'en percer les secrets¹⁵⁸⁰. Le laconisme des propos de Portalis dans son *Discours préliminaire* laisse penser que les rédacteurs du Code ont considéré la bonne foi comme le corollaire naturel de la force obligatoire¹⁵⁸¹. Ce rattachement atteste des liens entre la confiance et la bonne foi. À cet égard, « l'exigence de loyauté [...] n'est pas [...] du même métal que l'impératif moral s'adressant au for intérieur de chacun »¹⁵⁸². Pourtant, la bonne foi, « concept-soupape »¹⁵⁸³, a gagné en opacité à mesure qu'elle a évolué avec son temps. L'émergence d'une

bonne foi en droit français, th. dactyl., Lille II, 2006 ; L. THEZARD, *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier D'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Auguste Durand, 1866, spéc. n° 38, p. 84.

¹⁵⁷⁹ L. LEVENEUR, « Consensualisme et liberté contractuelle », in *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis, 2004, p. 285, spéc. p. 288 ; Adde S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac, Bâle, 1732, réimp. Caen, 1987, L. III, sc. IV, p. 350. V. égal. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., t. I, chap. IX : « Tous les hommes ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces Loix naturelles : qu'il ne faut faire de tort à personne ; qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient ; qu'il faut être sincère dans les engagements, fidèle à exécuter ses promesses et d'autres règles semblables de la justice et de l'équité. Car la connaissance de ces règles est inséparable de la raison ou plutôt, la raison n'est elle-même que la vue et l'usage de toutes ces règles ». Égal. M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 107 et s.

¹⁵⁸⁰ V. D. COHEN, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2004, p. 517, n° 11, p. 522 : « S'agissait-il à l'époque d'une conséquence logique — au même titre que celle relative au *mutuus dissensus* — du principe de la force obligatoire des contrats ou simplement d'une consécration de l'abandon de l'ancienne distinction romaine entre contrats de bonne foi et contrats de droit strict » ?

¹⁵⁸¹ PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, op. cit., p. 52 : « Sans doute en matière civile comme en matière commerciale, il faut de la bonne foi, de la réciprocité, et de l'égalité dans les contrats » ; et p. 54 « Sans doute il ne faut pas que les hommes puissent se tromper mutuellement ne traitant ensemble ; mais il faut laisser quelque latitude à la confiance et à la bonne foi ». De manière générale, le *Discours préliminaire* est très concis quant à la matière contractuelle. L'influence de l'école du droit naturel explique le silence de Portalis sur la plupart des dispositions du titre III, Livre III, du Code Napoléon, comme autant de règles dictées par la raison. V. sur ce point, L. LEVENEUR, « Consensualisme et liberté contractuelle », op. cit., p. 287 et s.

¹⁵⁸² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 105, p. 98.

¹⁵⁸³ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 13, p. 117.

« police des comportements »¹⁵⁸⁴ correspond à plusieurs dénominations, toutes liées à l'exigence de confiance.

347. **Bonne foi et loyauté.** On a dit l'étymologie commune que partage la bonne foi et la loyauté, rattachées à la *fides* de l'Antiquité, c'est-à-dire à la confiance¹⁵⁸⁵. Savoir si ces deux notions peuvent être prises pour synonymes dans le système actuel suscite le débat. Pour certains auteurs, la loyauté renvoie à une exigence générale qui dépasse le cadre de la bonne foi soit par son sens¹⁵⁸⁶, soit par son contexte¹⁵⁸⁷. Pour d'autres, la loyauté exprime une exigence plus spécifique que la bonne foi : ce serait alors le devoir spécial issu de l'exercice d'un pouvoir et non d'un droit qui justifierait que la loyauté protège encore davantage celui dont l'intérêt est exprimé par un tiers¹⁵⁸⁸. D'autres auteurs encore considèrent que la loyauté est le versant négatif de la bonne foi, lequel consiste en une abstention, tandis que son versant positif serait incarné par la coopération¹⁵⁸⁹. La multiplicité des vues sur la question n'est pas sans rappeler les « paragraphes caoutchoucs » de Roubier¹⁵⁹⁰ : il y a autant de conceptions que d'auteurs. Néanmoins, de telles distinctions ne sont pas pertinentes pour l'étude de l'exercice des prérogatives contractuelles. La Chambre commerciale a, en effet, établi la condition de loyauté de leur exercice sur le fondement de « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi »¹⁵⁹¹. À l'instar de nombreux auteurs, loyauté et bonne foi seront

¹⁵⁸⁴ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats...*, *op. cit.*, n° 169.

¹⁵⁸⁵ V. aussi « Loyal », in *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.* ; L. AYNES, « L'obligation de loyauté », in *Arch. philo. dr.* 2000, t. 44, p. 195. Évolution phonétique de *legalis*, « ce qui est conforme à la loi », la loyauté prend progressivement une autre signification dans le contexte des valeurs de la chevalerie. Le terme désigne alors ce qui a « le sens de l'honneur, de la probité ».

¹⁵⁸⁶ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat...*, *op. cit.*, n° 1226 et s., p. 771 et s., spéc. n° 1230 : Monsieur Mekki estime que la bonne foi est incluse dans le « principe de sincérité » que la loyauté implique.

¹⁵⁸⁷ R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 143 et s., p. 124 et s. : Madame Jabbour considère que la loyauté se distingue de la bonne foi au regard de leurs cadres d'exercice : « alors que la première est une norme générale de comportement, extérieure au contrat, s'imposant à tout individu placé dans des circonstances identiques, la seconde désigne une norme spécifique de comportement, intérieure au contrat, ordonnée à l'exécution de la promesse contractuelle ».

¹⁵⁸⁸ H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999. 273. Telle serait l'explication de la particularité du devoir de loyauté qui pèse sur le dirigeant social, et plus généralement sur le mandataire. V. Cass. Com. 27 fév. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 65, *Vilgrain* ; *D.* 1996. 342, J.-C. HALLOUIN, p. 518, P. MALAURIE, p. 591, J. GHESTIN ; *RTD civ.* 1997. 114, J. MESTRE : consécration du devoir de loyauté du dirigeant envers les associés ; Cass. Com. 24 fév. 1998, *Bull. civ.* VI, n° 86, *K.* ; *D.* 1999. 100, Y. PICOD ; *Rev. soc.* 1998. 546, M.-L. COQUELET ; *RTD com.* 1998. 612, C. CHAMPAUD et D. DANET : consécration du devoir de loyauté du dirigeant envers la société.

¹⁵⁸⁹ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, *op. cit.*, n° 553, p. 300 ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats...*, *op. cit.*, n° 13, p. 44. Adde Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, qui a le premier opposé au « contenu négatif » de la « loyauté du contractant » le « contenu positif » de la « loyauté contractuelle ». L'auteur ne semble pas, toutefois, appuyer sa théorie sur une comparaison entre les notions de bonne foi et de loyauté.

¹⁵⁹⁰ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, n° 13, p. 117.

¹⁵⁹¹ Cass. Com. 10 juil. 2007, *loc. cit.*

assimilées¹⁵⁹². Elles renvoient de façon identique à une vertu, une qualité comportementale que la loi exige des contractants et qui se comprend comme le respect de la confiance mutuellement accordée.

348. **Abus et bonne foi.** La confiance est également protégée, dans le contrat, au travers de la notion d'abus¹⁵⁹³. Ripert et bon nombre d'auteurs avant lui circonscrivaient l'abus à l'intention de nuire¹⁵⁹⁴. Elle ne suffit pas pour en décrire toutes les manifestations. L'abus est, chez Josserand, un concept fondé sur un critère « à la fois social et téléologique » : celui de l'esprit des droits¹⁵⁹⁵. Suivant cette théorie, tous les droits subjectifs ont une fonction qui justifie que la société les accorde aux sujets de droit afin que « les égoïsmes individuels » soient mis « au service de la communauté »¹⁵⁹⁶. Dès lors, l'exercice abusif des droits est relié au détournement de leur but, de leur esprit, de leur finalité. On connaît les objections de Planiol¹⁵⁹⁷ et celles de Ripert¹⁵⁹⁸. Après Josserand, l'idée de droits subjectifs ordonnés à un rôle social a été très critiquée, en particulier parce qu'elle renvoie à « un présupposé d'inspiration organiciste selon laquelle la grande société [est] une structure délibérément organisée » et s'accorde mal avec le principe de liberté contractuelle¹⁵⁹⁹. Plus récemment, des auteurs ont dénoncé l'abstraction du critère de recherche d'un « motif légitime » à l'exercice du droit

¹⁵⁹² Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., spéc. n° 6, p. 11-13, et 65-4, p. 82, qui associe la bonne foi à la loyauté contractuelle. B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, préf. F. FERRAND, Dalloz, 2001, n° 1705 et s., p. 498 et s. B. OPPETIT, « Éthique et vie des affaires », in *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 319, spéc. p. 323 ; Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant*, (Journées Louisianaises – 1992), t. XLIII, Litec, 1994, p. 7. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, op. cit., n° 340. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats...*, op. cit., n° 170. P. LE TOURNEAU et M. POULMAREDE, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Répert. dr. civ.*, Dalloz, janv. 2017, (actu. avr. 2019), n° 87 : « la bonne foi, de rigueur dans les contrats, se pare volontiers d'un autre nom : la loyauté, dont la coloration morale, qui demeure, est évidente ».

¹⁵⁹³ Si la théorie de l'abus de droit s'est, à l'origine, illustrée en matière de droits réels, le droit des contrats tend à en « devenir la terre d'élection », V. L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « Abus de droit », in *Rep. civ.*, op. cit., spéc. n° 76.

¹⁵⁹⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 92 et s., p. 162 et s.

¹⁵⁹⁵ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, op. cit., spéc. n° 292-293, p. 395. Adde A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972. 67.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

¹⁵⁹⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, LGDJ, 9^e éd., 1922-1924, n° 871 : « Parler d'abus de droit c'est donc énoncer une formule inutile et même se livrer à une logomachie : car si j'use de mon droit mon acte est licite et quand il est illicite c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit ». Comp. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, op. cit., n° 245 : « on peut parfaitement avoir pour soi tel droit déterminé, et cependant avoir contre soi le Droit tout entier ». Sur l'opposition de Planiol, V. toutefois J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, op. cit. n° 121 : « L'objection n'était sans doute que verbale, car il s'agit, précisément, de savoir si celui qui exerce un droit de façon déraisonnable – c'est-à-dire comme une personne avisée ne l'aurait pas fait – ne commet pas, par là même, une faute. Aussi bien Planiol écrivait-il lui-même “le droit cesse où l'abus commence” ».

¹⁵⁹⁸ G. RIPERT, « L'exercice des droits et la responsabilité civile », *Rev. crit. législ. et jur.* 1906. 352 ; « Abus et relativité des droits », *Rev. crit. législ. et jur.* 1929. 33.

¹⁵⁹⁹ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 636, p. 469.

ainsi que celle de la finalité sociale de chaque droit subjectif¹⁶⁰⁰. En dépit de ces critiques, l'existence d'une contradiction entre l'exercice d'une prérogative contractuelle et sa finalité est indéniable et constitue une trahison de la confiance du sujet passif. Elle est admise en jurisprudence depuis longtemps¹⁶⁰¹. Si le détournement du droit renvoie à un mécanisme de délimitation de son contenu¹⁶⁰², il apparaît néanmoins comme une rupture par rapport aux prévisions du sujet qui subit son exercice. La parenté de ces fautes ressort de nombreux cas d'espèce. La trahison peut prendre appui sur un comportement ou sur un dessein, l'un étant parfois indissociable de l'autre. En ce sens, la condition d'un exercice loyal de la prérogative contractuelle posée par l'arrêt *Les Maréchaux* ne doit pas être entendue de manière restrictive. L'étude des cas d'exercice de mauvaise foi des prérogatives contractuelles révèle la fréquence des collisions entre la mauvaise foi de type comportementale et la mauvaise foi de type téléologique, la première permettant d'aboutir à la seconde¹⁶⁰³. C'est toujours adopter un comportement malhonnête qu'exercer une prérogative pour atteindre un résultat qu'elle ne permettait pas.

Le triptyque notionnel qui rapproche la mauvaise foi de l'abus et de la déloyauté a ainsi pour fondement la protection de la confiance des contractants. Cela explique le succès que la notion de « confiance légitime » a eu et continue d'avoir au regard du contenu du devoir de bonne foi¹⁶⁰⁴. De cette confiance découle des prévisions.

¹⁶⁰⁰ V. par ex. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 22, p. 35 ; H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928. 365.

¹⁶⁰¹ Par ex., Cass. Civ. 19 oct. 1931, *S.* 1932.I.102 : « Attendu qu'il est constaté [...] que, durant le cours du contrat, le demandeur en cassation a majoré dans des proportions excessives le prix des voitures et châssis faisant l'objet de la convention ; Attendu que si une clause de l'acte [...] réservait au fabricant la faculté de relever les prix de ses marchandises, la cour d'appel a pu, par interprétation de la volonté des parties, déterminer les limites raisonnables dans lesquelles l'exercice de cette faculté était enfermée ; qu'elle n'a pas excédé les bornes de son pouvoir souverain d'appréciation en considérant comme une violation des engagements du vendeur le fait pour celui-ci d'avoir subordonné la livraison des marchandises au versement d'un supplément du prix non justifié par les circonstances économiques et hors de toute proportion avec les prévisions des contractants », P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 752 et s., p. 547 et s.

¹⁶⁰² V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit. : Monsieur Stoffel-Munck a démontré dans sa thèse que le concept d'abus embrasse des situations plus diverses que le seul manquement à la finalité du droit, en distinguant « l'abus de prérogative » (relatif à la finalité) de « l'abus par déloyauté » (relatif au comportement). Cette dernière catégorie comprend, par exemple, l'absence de franchise du contractant ou son hypocrisie: la faute est alors purement comportementale sans aucune transgression de nature téléologique. Elle se distingue du détournement du droit. S'ensuit une différence de régime aux termes de laquelle l'abus comportemental est soumis à la responsabilité délictuelle tandis que l'abus téléologique connaît l'inefficacité pour sanction. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 294 et s., p. 252 et s. et n° 790 et s., p. 578 et s. V. aussi *infra*, n° 455.

¹⁶⁰³ V. *infra*, n° 391.

¹⁶⁰⁴ V. E. LEVY, « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910. 178 ; *La confiance légitime et l'estoppel*, dir. B. FAUVARQUE-COSSON, Société de législation comparée, 2007 ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, op. cit., n° 152 et s., p. 129 et s. ; R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 312

B. Les prévisions légitimes issues de la confiance

349. « Concept qui touche à l'intuition, mais que la raison peine à enfermer »¹⁶⁰⁵, la bonne foi est une boîte à outils. La croyance respective des parties que la confiance échangée sera respectée ne suffit pas à décrire la protection à laquelle le sujet passif a droit. Il faut passer par la notion de prévisions légitimes, plus concrète, pour cela (1). La garantie des prévisions légitimes du sujet passif n'implique pas la prise en compte de ses intérêts. Au contraire, les prérogatives sont des droits qui protègent le *potentior* face à la communauté créée par le contrat. En revanche, elle permet au sujet passif d'agir au mieux de ses intérêts par l'anticipation qu'elle véhicule (2).

1) *Légitimité des prévisions protégées*

350. **Les prévisions légitimes.** Les prévisions légitimes des parties sont les fondements de la bonne foi contractuelle. L'affirmation n'étonnera pas : le contrat étant lui-même qualifié d'« acte de prévision », c'est bien sa raison d'être qu'il convient de protéger. À cet égard, la loyauté n'est pas le seul outil contractuel, ni même le seul principe destiné à assurer les prévisions des contractants. La force obligatoire en est une manifestation¹⁶⁰⁶, de même que de nombreux mécanismes qui y sont attachés au premier rang desquels se trouve l'interprétation¹⁶⁰⁷. Ces différentes techniques sont liées parce qu'elles se rattachent à la confiance. La confiance est au centre de l'injonction au respect de l'accord obtenu par consensus et, *in fine*, de l'existence même du contrat. Elle est le corollaire de l'intérêt au contrat ; tous deux sont les vecteurs de sa création. Cette confiance ne consiste pas à considérer que l'autre partie agira avec abnégation mais à croire qu'elle n'adoptera pas un comportement nuisible indépendamment de la réalisation de son intérêt au contrat. Les prévisions légitimes sont la conséquence d'une confiance bien placée : on prévoit parce qu'on

et s., p. 249 et s. ; P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, spéc. n° 234, p. 205 ; H. MUIR WATT, « *Reliance* et définition du contrat », *op. cit.* ; D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *op. cit.*, n° 3, p. 297 ; J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP G.* 1982.I.3058, spéc. n° 2.

¹⁶⁰⁵ C. JUBAULT, « Rita Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat* », *RTD civ.* 2017. 941.

¹⁶⁰⁶ V. H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*, p. 651.

¹⁶⁰⁷ Égal. J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur d' Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171, spéc. p. 173-176. Cependant, l'interprétation est liée à l'existence d'une incertitude pathologique dans le contrat, lorsque les parties n'ont pas su restituer avec clarté leur volonté commune. Ce n'est pas le cas de la loyauté, qui s'attaque aux comportements des parties, porteurs par nature d'incertitudes. V. *infra*, n° 382 et s.

a eu des raisons de croire. « La prévision consiste dans une représentation actuelle de l'avenir. Elle s'opère par l'analyse du présent, appuyée sur la connaissance du passé et l'application logique des lois de son évolution »¹⁶⁰⁸. De même, la notion d'« attente légitime » est liée à celles de confiance et de prévisions¹⁶⁰⁹ : l'attente procède de la confiance¹⁶¹⁰ et suppose la prévision. Certes, ces notions relèvent de la psyché et le droit n'a pas vocation à intégrer les dispositions mentales et émotionnelles de chaque sujet¹⁶¹¹. Le caractère « légitime » offre à ces termes la juridicité qui leur fait défaut originellement : par-delà la « formule commode » propre à fonder la suspicion d'un « stratagème discursif »¹⁶¹², la légitimité dispose d'une signification technique. Elle est propre à celui qui « est dans son bon droit »¹⁶¹³. La confiance, les attentes et les prévisions *légitimes* sont donc celles qui sont dignes d'être protégées par le droit parce qu'elles lui sont conformes¹⁶¹⁴. Les diverses techniques contractuelles qui reposent sur ces notions ne sont pas, pour autant, redondantes : leur intérêt s'appuie sur le fait qu'elles garantissent différents types de prévisions. En particulier, au stade de l'exécution du contrat, s'opposent les prévisions communes, qui relèvent de la force obligatoire du contenu du contrat, et les prévisions individuelles, propres aux projections d'une partie à l'aune du comportement de son cocontractant. L'examen des hypothèses de déloyauté dans la mise en œuvre d'un droit contractuel fait pleinement référence à la seconde catégorie. Les prévisions d'une partie relatives au comportement du titulaire du droit peuvent viser soit la finalité de l'exercice du droit, soit la manière d'exercer le droit, soit encore le moment de l'exercice du droit. Les Principes Unidroit reprennent cette conception. L'article 1.8, qui « constitue une application générale du principe de bonne foi », dispose qu'« une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru

¹⁶⁰⁸ P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *op. cit.*, n° 19, p. 28.

¹⁶⁰⁹ G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, dir. D. GUTMAN, th. dactyl., Amiens, 2008, n° 18 ; P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007. 321 ; J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », *op. cit.*, p. 171 et s. ; H. AUBRY, « L'apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RID comp.* 2005. 628.

¹⁶¹⁰ V. J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », *op. cit.*, p. 179.

¹⁶¹¹ G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, *op. cit.*, n° 27.

¹⁶¹² G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, *op. cit.*, n° 33 et s., spéc. n° 35.

¹⁶¹³ G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, *op. cit.*, n° 36 et s. : l'attente légitime serait donc « l'attente juridiquement valide » (n° 116). V. égal. « Légitime », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*. V. aussi « Légitimité » in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

¹⁶¹⁴ V. cependant M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 30 : la notion d'attentes légitimes, rattachée au concept anglo-saxon de *reliance*, se heurte à la critique sérieuse de sa circularité (à propos de la force obligatoire du contrat) : « le Droit devrait protéger les attentes du créancier au motif que celui-ci a pu légitimement croire qu'elles seraient respectées, mais celui-ci n'a pu légitimement croire qu'elles seraient respectées que si le Droit les protège ». Cependant, « le cœur de l'explication réside dans l'idée de protéger la confiance, et l'on retrouve donc ici la nécessaire considération des attentes légitimes du destinataire de la promesse », de sorte qu'« il ne peut y avoir de société » sans cette considération. L'obstacle de la circularité est ainsi dépassé par la fonction anthropologique du droit (*Ibid.* n° 31).

raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage ». Le commentaire de la disposition précise que « la prohibition contenue dans cet article peut résulter en la création de droits et en la perte, suspension ou modification de droits, autrement que par accord entre les parties ». Les prérogatives contractuelles sont donc pleinement concernées. Il s'agit de s'assurer que l'exercice du droit ne constitue pas une trahison : « le contraire de la loyauté est la duplicité (le comportement double) »¹⁶¹⁵. En effet, « tout engagement contractuel génère des attentes qu'il appartient à l'ordre juridique de protéger, peu important qu'elles aient été exprimées ou mêmes envisagées par les contractants lors de la formation du contrat »¹⁶¹⁶. À ce sujet, la « volonté extériorisée »¹⁶¹⁷ a pu être proposée comme « référence posant le cadre normatif du comportement »¹⁶¹⁸. Pourtant, « beaucoup de choses vont sans dire »¹⁶¹⁹ de sorte que nos silences engagent autant que nos paroles. C'est de cela que procède la légitimité des prévisions invoquées, c'est-à-dire de ce que peut raisonnablement attendre une partie en supposant que son cocontractant ne la trompera pas, volontairement ou involontairement. L'étude de la jurisprudence confirme ces vues.

351. Le respect des prévisions légitimes dans la jurisprudence. L'hypothèse visée par la Chambre commerciale dans sa jurisprudence *Les Maréchaux* tient « non à l'exercice du droit mais à la manière dont le contractant se comporte lors de sa mise en œuvre »¹⁶²⁰. D'un point de vue littéral, l'exercice du droit contractuel est licite ; le contractant n'est pas *hors* du droit et de ses conditions formelles de mise en œuvre. C'est au regard des circonstances qui entourent son exercice que l'illicéité se dévoile. De ce principe procède la règle selon laquelle le juge ne peut porter atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus. Il lui est interdit d'éradiquer une clause du contrat valablement stipulée car ce serait rompre avec les prévisions conçues par les parties. Cette règle n'est pas nouvelle. Elle s'inscrit dans la continuité de quelques décisions clairessemées¹⁶²¹. La Chambre commerciale a, par exemple, déclaré en 1947 que « le juge ne saurait faire état de l'équité pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis

¹⁶¹⁵ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, (10^e éd.), n° 459.

¹⁶¹⁶ P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *op. cit.*, p. 321.

¹⁶¹⁷ R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 310-311, p. 248-249.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*

¹⁶¹⁹ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 56.

¹⁶²⁰ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, p. 51, note 249 et n° 86, p. 85.

¹⁶²¹ En ce sens d'ailleurs, H. BATIFFOL, « La crise du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 17 : « Le principe de force obligatoire du contrat, affirmé en termes énergiques par l'article 1134 du Code civil, a certes été considéré comme essentiel par la jurisprudence : la Cour de cassation refuse aux juges le droit de modifier les contrats sous prétexte d'équité, leur mission étant tout au contraire d'obliger les parties à les exécuter selon leur teneur ».

qu'il a librement assumés »¹⁶²². Plus récemment, la Chambre sociale a censuré des juges du fond sur le fondement de l'article 1134 pour avoir « substitué des considérations d'équité à la force obligatoire des conventions »¹⁶²³. Il s'agissait d'un contentieux relatif à une obligation de non-concurrence. Les juges du fond ont considéré que l'employeur s'était prévalu de façon déloyale de la clause, en conséquence de quoi la salariée était fondée à en être libérée ainsi qu'à obtenir des dommages-intérêts. C'est là confondre l'exercice déloyal d'une stipulation et la prévision qui découle de son existence dans le contrat. C'est donc « cette vision extrême du rôle de la mauvaise foi que condamne la Chambre commerciale »¹⁶²⁴.

En revanche, la garantie des prévisions légitimes des contractants procure à la bonne foi un effet additif sur le contenu contractuel. La déloyauté qui s'exprime alors repose sur une pseudo-liberté : le contractant œuvre en marge d'un droit, voire en marge de la convention, pour agir comme il lui plaît, au mépris parfois de la conduite honnête attendue par son cocontractant. Les prévisions légitimes reposent alors sur une confiance que les contractants n'ont pas exprimée par des clauses mais qui s'infère de l'opération à laquelle ils participent. La nature du contrat est un critère prégnant pour mesurer le degré de bonne foi exigé des contractants : le niveau d'opposition des intérêts déterminent le niveau des attentes¹⁶²⁵. C'est, par exemple, le cas du franchisé d'une chaîne de restauration qui ouvre un restaurant concurrent au cours de la période d'exécution du contrat de franchise¹⁶²⁶. En l'occurrence, la trahison renvoie à l'inexécution d'une obligation de non-concurrence « implicite ». Quelques arrêts ont également reconnu un devoir de coopération autonome entre les parties, c'est-à-dire

¹⁶²² Cass. Com. 2 déc. 1947, *Gaz. Pal.* 1948.1.36.

¹⁶²³ Cass. Soc. 9 oct. 1985, *Bull. civ.* V n° 442, *Chanoine c/ Ruiz* (à propos d'une clause de non-concurrence).

¹⁶²⁴ Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007, *op. cit.*

¹⁶²⁵ V. not. P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *op. cit.* ; F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé*, *op. cit.*, spéc. n° 121 et s., p. 112 et s. ; J.-F. HAMELIN, *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Économica, 2012. V. en particulier S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération...*, *op. cit.*, n° 113 et s., p. 89 et s. : Madame Lequette, divise les contrats en trois catégories. Le « contrat-permutation »¹⁶²⁵ ou « contrat-échange », dont la vente est l'archétype, se caractérise par un antagonisme de principe entre les intérêts des contractants. Le « contrat-concentration » qui prend pour modèle la société, connaît une union d'intérêts identiques. Le « contrat-coopération », comme la *joint venture* ou le consortium, suppose la mise en relation d'intérêts convergents mais différents.

¹⁶²⁶ Cass. Com. 14 nov. 2018, n° 17-19.851 ; D. 2019. 783, N. FERRIER ; *RTD civ.* 2019. 100, H. BARBIER ; *AJ contrats*, 2019/2, p. 92, S. REGNAULT : la création par le gérant de la société franchisée d'une société concurrente en cours d'exécution du contrat de franchise constitue un manquement au devoir d'exécuter loyalement le contrat de sorte que la cour d'appel « a pu, sans porter atteinte à la substance ou à l'étendue des droits et obligations des parties, retenir que la résiliation du contrat pour faute grave [par le franchiseur] était justifiée ». Le contrat était stipulé être conclu *intuitu personae*, ce qui renforce l'idée d'une relation de confiance entre les parties.

déconnecté de l'obligation d'information ou de renseignement qui leur est dévolue¹⁶²⁷. Il en va de même du devoir de renégociation, dont la consécration est là encore fonction de la nature du contrat¹⁶²⁸. Cette fonction complétive pouvait être dévolue à l'ancien article 1135 du Code Napoléon, désormais institué à l'article 1194 du Code civil¹⁶²⁹. En réalité, elle s'apparente davantage à la technique de l'interprétation¹⁶³⁰. En outre, la compression des articles 1134 et 1135 pose problème au regard de la notion d'équité, laquelle s'oppose, en théorie, à la règle de droit alors que la bonne foi en constitue une¹⁶³¹. Force est de constater que la Cour de cassation est restée peu sensible à la distinction¹⁶³². Quoi qu'il en soit, la protection des prévisions des contractants repose aussi bien sur le contenu du contrat que sur ce qu'il va sans dire. C'est le gage de la confiance accordée. Il faut alors se demander si cette confiance implique la considération des intérêts des contractants.

¹⁶²⁷ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 86 et s., p. 103 et s. Égal. S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 109 et s., p. 104 et s. Selon Monsieur Picod, la consécration jurisprudentielle de ce devoir est relative d'un point de vue quantitatif mais semble certaine en son principe dans quelques catégories de contrats. Il se définit comme le devoir de « faciliter l'exécution du contrat ». Cass. Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, n° 99-13.537 (contrat de fourniture d'énergie) ; Cass. Com. 2 juin 1992, n° 90-19.132 (convention d'ouverture de compte) ; D. 1993. 58, M. VASSEUR. Comp. Cass. Civ. 3^e, 30 juin 2004, n° 03-10.706 (bail commercial) : l'arrêt rejette l'existence d'un « quelconque devoir de coopération ». La nature du contrat est donc une variable importante dans la consécration de ce devoir.

¹⁶²⁸ Cass. Com. 3 nov. 1992, *Huard*, *Bull. civ.* IV, n° 338, *loc. cit.* (contrat de distributeur agréé entre une société pétrolière et l'exploitant d'une station-service). Cass. Com. 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, *Bull. civ.* IV, n° 277, *loc. cit.*, (contrat d'agent commercial).

¹⁶²⁹ V. not. C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, préf. D. FERRIER, avant-propos C. ATIAS et R. CABRILLAC, LGDJ, 2006. P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, pref. F. CHABAS, Dalloz, 2005. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 84 et s., p. 84 et s. ; R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 207, p. 167 ; V. égal. S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 437, p. 297 (relativement au droit européen).

¹⁶³⁰ V. *infra*, n° 382 et s.

¹⁶³¹ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 80, p. 94 : « En général, l'équité permet davantage de régler des situations individuelles que de fonder ou de justifier des obligations à la charge des contractants » ; P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n°83, p. 82. L'équité peut aussi être entendue dans un sens générique comme la recherche d'une justice fondée sur l'égalité (V. « Équité » *in Vocabulaire juridique*, *op. cit.*). Dans cette conception, l'équité ne s'oppose pas au droit positif mais la prolonge. Sur la place de l'équité dans le systé juridique, V. « Équité », C. JARROSSON et F.-X. TESTU, *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 61.

¹⁶³² L'analyse de sa jurisprudence rend compte de la désuétude de cette disposition qui n'est que très rarement citée au visa, et toujours accompagnée de l'article 1134 devenu 1104 du Code civil. Ce propos repose sur un examen des arrêts de la Cour de cassation entre les mois de janvier 2015 et juillet 2019. Pour des exemples d'arrêts qui citent ensemble les articles 1134 et 1135 dans leurs rédactions antérieures à l'ordonnance du 10 février 2016 : Cass. Com. 20 sept. 2016, n° 13-15.935 ; Cass. Com. 28 mars 2018, n° 16-26.078. L'article est, en revanche, régulièrement invoqué par les parties dans leurs moyens au pourvoi.

2) Les prévisions légitimes, relais des intérêts des contractants

352. **Le solidarisme.** La prise en compte des intérêts du cocontractant dans l'exercice d'un droit a fait l'objet de plaidoyers issus de la doctrine solidariste. À l'origine, le solidarisme n'est pas le fruit de la science juridique mais de la sociologie et de la philosophie politique¹⁶³³. L'idéologie solidariste développée par Bourgeois repose sur le collectif : contrairement à la fraternité ou à l'altruisme qui renvoient davantage aux relations interindividuelles, le solidarisme vise un fonctionnement sociétal par le constat de l'existence d'une dette sociale de chacun à l'égard de tous, et la création consécutive d'institutions et de services publics pour en répondre. Il s'agit, écrit Bourgeois, « des conditions d'un quasi-contrat général qui résulte entre les hommes du fait naturel, nécessaire de leur existence en société et qui a pour objet de régler, non les rapports privés entre chacun et chacun, mais les rapports communs entre chacun et tous »¹⁶³⁴. C'est d'ailleurs en droit public que la notion a été juridiquement développée, notamment sous la plume de Duguit¹⁶³⁵. L'apparition de la sécurité sociale, la progressivité de l'impôt sur le revenu et plus généralement l'État-providence procèdent de la théorisation juridico-politique du concept de solidarité. Si le solidarisme est à l'origine d'avancées majeures indéniables, il est fondé sur l'idée d'une prise en charge *collective* des risques économiques et sociaux. Les coûts causés par les maux de la société deviennent peu à peu indolores à la mesure de leur répartition sur le plus grand nombre et à proportion des capacités de chacun. Cet aspect compromet l'application du solidarisme au

¹⁶³³ Développé par Léon Bourgeois, le solidarisme est d'abord une doctrine d'État qui repose sur le concept de solidarité. Le solidarisme s'appuie sur la solidarité comme prescription, au sein d'une société conçue comme « quasi-contrat d'association » entre tous les hommes (L. BOURGEOIS, *Solidarité*, A. Colin, 1896, 1^{re} éd., p. 131 et s., spéc. p. 138). La solidarité s'institue, dans cette doctrine, comme principe objectif d'organisation de la vie en société. Son axiome est celui d'une mutualisation des risques et d'une redistribution des richesses relatives, dans le but de « réparer les effets néfastes des principaux risques sociaux » (V. « Solidarité », M. BORGETTO, *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*). Les solidaristes se veulent les instigateurs d'une voie nouvelle par-delà l'opposition entre le capitalisme libéral et le socialisme. Aux tenants du premier, Bourgeois répond que « l'homme vivant dans la société, et ne pouvant vivre sans elle, est à toute heure un *débiteur* envers elle. Là est la base de ses devoirs, la charge de sa liberté » (*Ibid.* p. 101). Aux partisans du second, il réplique que « ce n'est pas la socialisation des biens mais la socialisation de la personne qu'il s'agit de réaliser » (*Ibid.* p. 86, note 1).

¹⁶³⁴ L. BOURGEOIS, *Solidarité*, *op. cit.*, p. 149. L'utilisation de la notion de quasi-contrat, par opposition avec le contrat social de Rousseau, permet d'échapper à l'idée que la législation établie apparaît comme la traduction des volontés préexistantes des membres de la société, V. S. PAUGAM (dir.), *Repenser la solidarité, L'apport des sciences sociales*, PUF, 2007, p. 7 et s., p. 16.

¹⁶³⁵ V. not. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, rééd. Dalloz, 2003, préf. F. MODERNE, p. 25 et s.

contrat, en ce que « les techniques visées par les tenants du solidarisme contractuel se situent toutes sur un plan exclusivement individuel »¹⁶³⁶.

L'introduction du solidarisme en droit des contrats est l'œuvre de Demogue, à qui l'on doit la conception du contrat comme « microcosme » qui relève d'un « but commun »¹⁶³⁷, « un instrument de coopération sociale »¹⁶³⁸. À sa suite, des auteurs ont entendu renouveler la conception des rapports contractuels en concevant la fraternité comme une valeur cardinale du contrat¹⁶³⁹. De nouveaux devoirs sont alors proposés : « l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance »¹⁶⁴⁰ sont, par exemple, cités aux côtés du devoir de modération¹⁶⁴¹, ou encore du devoir d'implication¹⁶⁴². Le devoir de coopération fait également son apparition, à des degrés divers et selon la nature du contrat¹⁶⁴³. « Le contrat est alors envisagé comme le creuset de l'intérêt commun des parties et

¹⁶³⁶ A. SUPIOT, « La contribution du droit social au droit commun des contrats », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, dir. A. WIFFELS, Bruylant, 2005, p. 62, spéc. p. 69. En ce sens, le solidarisme contractuel s'apparente davantage à une forme d'altruisme contractuel qu'au solidarisme sociétal, dans la mesure où il s'agit de régir les rapports entre chacun et chacun, plutôt qu'entre chacun et tous. Il a vocation à faire de la loyauté le tremplin de valeurs allocentrées. Au surplus, la répartition des pertes entre les contractants présente certains risques. En ce sens, B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 120, p. 95 : « cette conception du contrat présente le risque de dériver vers une déresponsabilisation du sujet de droit. En effet, une protection démesurée d'un contractant par le biais d'un prétendu devoir général de loyauté peut entraîner une charge injustement lourde à l'encontre de son partenaire, qui devra subir les conséquences de l'inexécution du contrat par le premier ».

¹⁶³⁷ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, op. cit., n° 3. En droit civil, Saleilles a, avant Demogue, introduit des conceptions solidaristes, qualifiées de « tempérées » : V. P. REMY, « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 3, spéc. n° 7, p. 7.

¹⁶³⁸ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, op. cit., n° 150.

¹⁶³⁹ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », op. cit. ; « Loyauté, solidarité, fraternité : nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, op. cit., p. 603 ; « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005. 1828 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Le contrat au début du XXI^e siècle », in *Le contrat au XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, op. cit., p. 441 ; « Le procès du solidarisme contractuel : brèves répliques », in *Le solidarisme contractuel*, op. cit., p. 159 ; « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002. 901 ; « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Dr. et patr.* n° 58, 1998, p. 50 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997. 357, spéc. n° 31 et s., p. 382 et s. ; P. MAZET, « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel*, op. cit., n° 4, p. 13. Contra J. CEDRAS, « Liberté, égalité, contrat, Le solidarisme en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2003*, La documentation française, 2004, p. 215.

¹⁶⁴⁰ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., n° 6, p. 608. V. égal. P. LE TOURNEAU, « Les obligations professionnelles », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, P.U. Toulouse, 1996, p. 365, spéc. n° 38 et s., p. 381 et s. : de l'exigence de loyauté du professionnel découlerait, selon l'auteur, un devoir de vigilance, de transparence, de persévérance, de patience, de discrétion ou encore de délicatesse.

¹⁶⁴¹ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », op. cit., n° 25, p. 305.

¹⁶⁴² S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIE, LGDJ, 2000, n° 397 et s., p. 251.

¹⁶⁴³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 1, op. cit., n° 10. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., n° 86 et s., p. 103 et s. ; « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », op. cit., n° 10 et s., p. 64 et s. J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986. 102. V. « Devoir de bonne foi et de coopération », in *Dictionnaire du contrat*, op. cit. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats*, op. cit. n° 171. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit*

le siège d'une union sacrée entre les contractants face à la crise qui peut frapper l'un des partenaires, ce qui se traduit par un double devoir de coopération et d'abnégation »¹⁶⁴⁴. Cette conception du solidarisme dépasse celle, plus nuancée, de la seule coopération entre les parties¹⁶⁴⁵. Il s'agit, finalement, de la « prise en compte des intérêts du cocontractant dans l'exécution du contrat »¹⁶⁴⁶. L'exigence d'abnégation soutenue par Monsieur Denis Mazeaud évoque une injonction au comportement sacrificiel, peu appropriée aux relations contractuelles¹⁶⁴⁷. Au-delà des impératifs contractuels de stabilité et de prévisibilité invoqués par les tenants du volontarisme¹⁶⁴⁸, l'application du précepte solidariste à la prérogative est problématique¹⁶⁴⁹.

353. Rejet d'une exigence de prise en compte des intérêts du sujet passif. Il est d'usage de rappeler la réflexion de Carbonnier, aux termes de laquelle : « on s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, d'aucuns aient rêvé de transformer tout contrat en mariage »¹⁶⁵⁰. Le propos révèle la différence de rapports qui irriguent l'une et l'autre de ces unions. On peut s'interroger sur la projection de cette volonté, chez les contractants, de créer un « microcosme » dans la relation contractuelle. La promotion de la famille, créée par le mariage, comme une microsociété est ancienne¹⁶⁵¹ ; son assimilation au contrat critiquable¹⁶⁵². Les liens recherchés par le mariage sont distincts de ceux recherchés

civil, Les obligations, op. cit., n° 441. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 269.

¹⁶⁴⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, p. 609.

¹⁶⁴⁵ La théorie solidariste aurait vocation à élargir ces conditions de révision du contrat. Sur la bonne foi, qualifiée de « cheval de Troie » par lequel s'est introduite la prise en compte de l'imprévision dans divers systes juridiques », V. P. ANCEL, « Imprévision et bonne foi en droit comparé », *RDC* 2017. 546, spéc. p. 548-549.

¹⁶⁴⁶ En ce sens, T. REVET, « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », *op. cit.*, n° 6-7, p. 892-893. J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.*, n° 13 et s., p. 760.

¹⁶⁴⁷ Le développement qui s'ensuit tempère, toutefois, cette appréhension en ce qu'il porte essentiellement sur l'existence d'une obligation de renégociation des termes du contrat et l'éventualité d'un rééquilibrage du contrat par le juge (*Ibid.*, p. 619 et s.).

¹⁶⁴⁸ Pour une réponse à ces arguments, V. not. D. MAZEAUD, « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *op. cit.*, spéc. n° 7-9, p. 691-692.

¹⁶⁴⁹ La jurisprudence peine à l'admettre, V. J. CEDRAS, « Liberté, égalité, contrat, le solidarisme en doctrine et devant la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 215 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*,

¹⁶⁵⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations, op. cit. et loc. cit.*, n° 114.

¹⁶⁵¹ PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, op. cit.* : « Les familles se forment par le mariage, et elles sont la pépinière de l'État. Chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes ».

¹⁶⁵² Le *Discours Préliminaire* de Portalis met, toutefois, en exergue l'assimilation des notions de mariage et de contrat, la première étant décrite comme « le plus important, le plus auguste des contrats ». Cette analogie revient de façon récurrente, bien qu'il ne faille pas entendre le propos dans son sens technique mais dans son sens politique. V. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, op. cit.*

par le contrat. Surtout, la prise en compte des intérêts du sujet passif pose problème au regard de l'opposition des intérêts qui a cours.

D'une part, le terme « intérêt » évoque, par opposition, la multitude d'inconvénients que peut présenter la mise en œuvre d'un droit contractuel pour la partie qui le subit¹⁶⁵³. De la sorte, l'exercice de la prérogative pourrait toujours présenter un caractère déloyal : le sujet passif aurait loisir de revendiquer le désavantage quelconque que lui cause la prérogative pour chercher à en bloquer l'exercice. Ce cas de figure n'est pas souhaitable et la jurisprudence ne va pas en ce sens. L'intérêt du contractant connaît une protection appréhendée, dans une conception volontariste, grâce aux prévisions légitimes¹⁶⁵⁴. Non pas que ces dernières aillent toujours dans l'intérêt de leur auteur – c'est impossible ; mais leur respect permet à celui-ci d'organiser son avenir au mieux de ses intérêts¹⁶⁵⁵. De ce fait, s'il n'est pas envisageable de garantir les intérêts de chacune des parties dès lors qu'ils ne sont pas identiques, il est possible d'octroyer à chacune d'elles l'opportunité de faire les meilleurs choix en considération de leurs intérêts respectifs. En cela, la protection des prévisions légitimes du sujet passif se conçoit comme le relais de ses intérêts. Cette garantie suppose le respect des prévisions du contractant, qui lui permet d'anticiper correctement l'avenir et de faire des choix en adéquation avec ses prévisions.

D'autre part, la logique de la prérogative est d'éviter la nécessité du consensus. Sa mise en œuvre suppose, en ce sens, l'absence de rencontre des volontés. Le *mutuus dissensus* suffit dans le cas contraire. S'il n'y a pas d'accord de volontés, cela signifie que les intérêts des parties ne convergent pas sur la modification voulue. Lorsque la prérogative est exercée, les intérêts des contractants sont nécessairement disjoints. Exiger que la prérogative soit exercée dans un intérêt commun constitue une aporie. Les parties et le législateur le savent bien : ils sont les artisans de son introduction dans le contrat. Il est indéniable que la solidarité de situation a une existence réelle dans la plupart des relations contractuelles¹⁶⁵⁶. Des liens

¹⁶⁵³ Dans son sens étymologique, l'intérêt renvoie à « ce qui importe », d'où procèdent ensuite de multiples déclinaisons. V. « Intérêt », in *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit. Rapp. Y.-M. LAITHIER, *RDC* 2010. 814, note sous Cass. Civ. 2, 25 fév. 2010, n° 09-11.352 : l'auteur relève que « le critère paraît bien délicat à mettre en œuvre lorsque les intérêts sont opposés ».

¹⁶⁵⁴ Rapp. P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », op. cit., p. 321 : « Le concept de volonté est suffisamment riche pour autoriser une conception du contrat qui ne soit pas la simple traduction de l'autonomie de la volonté ». À cet égard, les attentes légitimes offrent « une alternative au solidarisme contractuel » sans renier le concept de volonté.

¹⁶⁵⁵ En ce sens, V. F. OST, *Le temps du droit*, op. cit., p. 197 ; L. AYNES, « Rapport de synthèse », in « La confiance en droit privé des contrats », op. cit., p. 154.

¹⁶⁵⁶ L. AYNES, « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2003. 323, p. 324 : « l'homme a besoin de l'autre. La satisfaction de son propre intérêt passe par la satisfaction de celui de l'autre. Telle est la solidarité

d'interdépendance sont constatés dans beaucoup de contrats qui ne sont pas ponctuels, c'est-à-dire qui ne se consomment pas au moment de leur formation. C'est nettement le cas dans les contrats d'affaires qui lient entre eux des professionnels. L'interdépendance qui en découle joue le rôle de régulateur naturel dans le comportement des parties. Chacune a un intérêt à faire perdurer l'intérêt que l'autre partie trouve dans l'opération. Cependant, constater un aspect de la pratique contractuelle ne permet pas d'en faire une règle de droit positif. Il ne fait pas sens d'imposer la prise en compte de l'intérêt du sujet passif dans l'exercice de la prérogative. La nature du contrat n'infléchit pas cette opinion.

L'analyse de la jurisprudence a révélé la variabilité du contenu de l'exigence de bonne foi en dehors de l'exercice d'un droit contractuel compte tenu du type de contrat conclu. Ainsi, la constatation d'un intérêt commun à la conclusion du contrat pourrait faire émerger une exigence renforcée de loyauté au cours de la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle. L'idée est séduisante ; elle se heurte, cependant, à la nature foncièrement individuelle de ces droits. Dans tous les contrats, mais plus encore dans ceux-ci, la prérogative contractuelle s'annonce comme le rempart à l'idée de communauté, comme le retour inévitable à la solitude des personnes. Quand bien même on adhérerait à la vision du contrat comme un mariage, le *nous* ne remplace pas le *je*. La prérogative est une protection *face* au groupe que le titulaire forme avec son ou ses cocontractants, tandis que d'autres droits, comme le droit de vote, assurent par leur fonctionnement la protection *du* groupe. Le propos ne vise pas à s'élever contre une exigence de bonne foi renforcée dans ces contrats, bien au contraire, mais constate que la prérogative contractuelle ne peut pas y être associée. Une clause d'agrément valable entre associés vise précisément à protéger le *potentior* des attitudes et intérêts de ses coassociés. Ces derniers ne peuvent arguer ni de leur intérêt personnel, ni d'un intérêt commun à céder leurs titres à tel cessionnaire futur pour engendrer la désactivation de la prérogative. De même, si la révocation du mandataire *ad nutum* n'a, en théorie, pas vocation à jouer dans le mandat d'intérêt commun¹⁶⁵⁷, la clause de révocation est valable¹⁶⁵⁸. Par sa stipulation, le mandant assure la protection de sa situation personnelle de façon indépendante. Là encore, la prérogative repose sur la prise en compte du seul intérêt de son titulaire. L'exclusion de la qualification des prérogatives comme pouvoirs juridiques repose sur cette

humaine. Si bien que le contrat, loin d'être un lieu d'affrontement ou de concorde, est un point de rencontre entre deux intérêts, qui demeurent distincts, mais ont besoin de s'associer ».

¹⁶⁵⁷ Cass. Civ. 13 mai 1885, *D.* 1885.1.350 ; Cass. Com. 7 juil. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 209. Toutefois, l'absence de cause légitime ne prive pas d'effet la révocation du mandat d'intérêt commun, V. Cass. Civ. 1^{re} 2 oct. 2001, *Bull. civ.* I, n° 239, *op. cit.*

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*

différence¹⁶⁵⁹. Partant, le respect de l'intérêt du ou des sujets passifs n'est pas une règle de droit positif. Comme dans toute union, affective ou économique, c'est la trahison de la confiance accordée que la morale condamne¹⁶⁶⁰. L'intérêt du cocontractant fait l'objet d'une prise en considération indirecte, qui passe par le respect de ses attentes et prévisions légitimes.

§2. L'exigence de non-contradiction aux prévisions légitimes

354. L'objet d'une prévision est l'anticipation d'un futur inconnu¹⁶⁶¹ ; garantir une prévision permet à son auteur de domestiquer ce futur inconnu. Cette garantie suppose de sanctionner les comportements qui viennent déjouer les prévisions légitimes des parties. Cette conception de la bonne foi induit une prise en compte des intérêts de toutes les parties au contrat au travers de leurs prévisions respectives, de l'esprit des droits qu'elles se sont accordées et de la confiance qu'elles se sont communiquées. Tel est ce que la loyauté exige : « bien sûr, ne pas tromper, ne pas mentir. Mais surtout, adopter une attitude *cohérente*, une unité de comportement, qui permette à autrui de déterminer avec confiance *sa propre conduite* »¹⁶⁶². Pour sa part, Monsieur Houtcieff écrit dans sa thèse que le principe de cohérence est « tout au service de la confiance »¹⁶⁶³, de sorte que les liens qu'il entretient avec la loyauté contractuelle apparaissent de façon nette¹⁶⁶⁴. C'est l'absence de contradiction avec les prévisions légitimes, résultat de la confiance accordée, qui semble le plus apte à décrire le contenu du devoir de bonne foi. La non-contradiction est une exigence de cohérence (A) pourvue d'une dimension morale (B).

¹⁶⁵⁹ V. *supra*, n° 81 et s.

¹⁶⁶⁰ Sur le rapport inversement proportionnel entre le degré d'altérité (c'est-à-dire de proximité entre les individus) et le degré de loyauté exigible, V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 241 et s., p. 210 et s.

¹⁶⁶¹ En ce sens L. AYNES, « Rapport de synthèse », in *La confiance en droit privé des contrats*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁶⁶² L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *op. cit.*, p. 197. Adde H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Fondement et principe d'un ordre juridique naissant : essai de philosophie empirique du droit*, Paris Mouton Lahaye, 1971, p. 302 : le principe de cohérence permet à chacun de « faire reposer son acte – orienté vers un but constructif – sur une appréciation de la part de l'autre impliquant l'acceptation d'une finalité identique », cité par D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 50, p. 62.

¹⁶⁶³ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 2, p. 22.

¹⁶⁶⁴ V. dans le sens d'une assimilation entre les deux notions au regard de la jurisprudence, B. FAGES, *Le comportement du contractant*, *op. cit.*, n° 643 et 644, p. 349-350. V. égal. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat...*, *op. cit.*, n° 1231, p. 777.

A. La cohérence comportementale

355. **Le principe de cohérence.** Le principe de cohérence n'est pas univoque. Il a été un temps présenté sous l'angle de la continuité¹⁶⁶⁵. La doctrine contemporaine lui a préféré la non contradiction¹⁶⁶⁶. La Cour de cassation a consacré cette conception en matière procédurale, avec quelques détours néanmoins¹⁶⁶⁷. C'est une application spécifique du principe de cohérence qui a été reconnue. En doctrine, le devoir de cohérence renvoie au devoir de ne pas adopter un comportement en contradiction avec le comportement antérieurement adopté. Cependant, l'exigence de cohérence comportementale doit, pour exprimer la conception de la bonne foi retenue, être entendue plus largement : elle n'est pas réductible à la seule absence de contradiction brutale avec un comportement passé¹⁶⁶⁸. En tant que description du devoir de bonne foi, l'exigence de cohérence est le contrôle de la conformité entre la prévision légitime de *Primus* et le comportement de *Secundus*. Autrement dit, il s'agit de vérifier que ce qu'une partie a pu raisonnablement envisager du comportement futur de son cocontractant n'est pas contredit par le comportement effectivement adopté lorsque le futur se réalise. Cette appréciation n'exclut pas la possibilité pour un contractant de changer d'avis mais la limite. Elle fixe un seuil de versatilité préjudiciable pour celui qui la subit¹⁶⁶⁹. En principe, la

¹⁶⁶⁵ B. CELICE, *Les réserves et le non vouloir dans l'acte juridique*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1968, n° 307, d'après D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 9, p. 25.

¹⁶⁶⁶ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 29, p. 43 : « Le principe de cohérence apparaît comme une proscription de la contradiction qui n'ose pas dire son nom » ; V. aussi 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*, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, Economica, 2001 ; H. MUIR WATT, « Rapport de synthèse », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *op. cit.*, p. 175. Égal. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats...*, *op. cit.*, n° 678, p. 532 et F. LABARTHE, *La notion de documents contractuels*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994, (qui utilisent toutes deux la maxime *protestatio non valet contra factum*, à propos de la valeur contractuelle des documents publicitaires en contradiction avec le contenu du contrat). La formulation positive de l'exigence de cohérence face à la formulation négative de sa définition s'explique par la dangerosité d'une polysémie confuse, le « principe du contradictoire » ou « de la contradiction » ayant valeur fondamentale en droit processuel V. sur ce point, D. HOUTCIEFF, *Ibid.*, n° 28, p. 41 et s.

¹⁶⁶⁷ V. Cass. Ass. Plén. 27 fév. 2009, n° 07-19.841 ; D. 2009. 723, X. DELPECH, p. 1245, D. HOUTCIEFF ; JCP G. 2009.II.10073, P. CALLÉ. Égal. Cass. Civ. 3^e, 28 janv. 2009, *Bull. civ.* III, n° 22 ; D. 2009. 2008, D. HOUTCIEFF ; RTD civ. 2009. 317, B. FAGES ; RDI 2009. 254, P. MALINVAUD ; D. 2010. 224, S. AMRANI-MEKKI. Adde Cass. Com. 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 44 ; D. 2005. 883, X. DELPECH ; p. 2843, B. FAUVARQUE-COSSON ; RTD civ. 2005. 391, J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2005. 397, D. LEGEAIS ; RDC 2005. 1015, D. MAZEAUD ; LPA 27 sept. 2005, Y. DAGORNE-LABBE ; Cass. Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888 ; JCP G. 2011.1250, D. HOUTCIEFF ; RTD. civ. 2011. 760, B. FAGES ; D. 2012. 167, C. MARECHAL ; Cass. Com. 22 mai 2013, n° 11-26.543.

¹⁶⁶⁸ La cohérence contractuelle, c'est-à-dire interne au contrat, propre aux différentes clauses du contenu contractuel, n'intéresse pas ces développements. V. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, *op. cit.*, n° 594 et s.

¹⁶⁶⁹ En ce sens, D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 59, p. 66. V. égal. D. Mazeaud, « Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, *op. cit.*, p. 127

contradiction prohibée par le principe de cohérence ne s'apprécie pas au regard de la psychologie de celui qui agit mais à l'aune de la psychologie de celui qui la subit. C'est par la prise en compte des prévisions légitimes que l'on juge la cohérence du comportement d'autrui, de sorte que l'examen se fera depuis un for extérieur¹⁶⁷⁰. C'est là une méthode qui n'est pas sans conséquences. Si la cohérence était appréciée du point de vue du for intérieur, certains comportements habituellement sanctionnés par le devoir de bonne foi seraient exclus¹⁶⁷¹. Il en irait ainsi du mensonge, par exemple, qui ne suppose pas une contradiction de son auteur avec lui-même. Seule la maxime *venire contra factum proprium*, plus connue comme le principe anglo-saxon de l'*estoppel*¹⁶⁷² ou allemand de la *Verwirkung*¹⁶⁷³, pourrait entrer dans la catégorie des comportements incohérents. En revanche, si la cohérence est examinée par le prisme du cocontractant, toute contradiction avec ce à quoi il a légitimement pu se fier peut être sanctionnée au titre de la mauvaise foi. En d'autres termes, c'est l'apparence d'incohérence qui constitue un comportement déloyal, peu important que l'auteur ait été incohérent vis-à-vis de lui-même ou pas. La faute d'incohérence ne doit pas être limitée à l'appréciation du comportement d'une partie ayant créé une attente légitime chez le cocontractant. Puisqu'on a admis que la confiance était au fondement du rapport contractuel, il faut concéder que certaines prévisions légitimes naissent malgré la neutralité de l'attitude du contractant. La loyauté contractuelle a vocation à garantir les prévisions légitimes d'une partie, qu'elles reposent « sur la foi d'une déclaration ou d'un comportement »¹⁶⁷⁴. C'est notamment le cas lorsqu'une partie use de son droit en poursuivant une finalité qui n'a pas pu être autorisée par le cocontractant¹⁶⁷⁵. Il est, par exemple, toujours légitime pour une partie de considérer que son cocontractant n'exercera pas son droit dans le seul but de lui nuire, ni dans

¹⁶⁷⁰ En ce sens, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 219, p. 196 : « L'exigence de cohérence contractuelle, facette du devoir de bonne foi, n'a pas à être saisie dans le for interne de l'agent. Par définition, elle s'apprécie de l'extérieur, par comparaison avec ce qu'un homme rationnel et loyal aurait fait ».

¹⁶⁷¹ L'examen du contenu jurisprudentiel de la bonne foi dans l'exercice d'un droit démontre l'indifférence de la psychologie du contractant. En droit français, « qui n'est pas de bonne foi est de mauvaise foi » écrivait déjà Gérard Lyon-Caen en 1946, ce qui tend à illustrer le mouvement d'objectivation de la loyauté à l'œuvre depuis sa renaissance. G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », op. cit., n° 3, p. 78.

¹⁶⁷² V. not. *La confiance légitime et l'estoppel*, dir. B. FAUVARQUE-COSSON, Société de législation comparée, 2007 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, op. cit., p. 3.

¹⁶⁷³ F. RANIERI, « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du *venire contra factum proprium* dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, op. cit., p. 25.

¹⁶⁷⁴ O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime : éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité (droit anglais et droit français)*, th. dactyl., Lyon III, 1990, n° 1.

¹⁶⁷⁵ Comp. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, op. cit., n° 927, p. 713.

le but de contourner une autre règle contractuelle voire une règle légale¹⁶⁷⁶. Un arrêt de 1931 exprime d'ailleurs le lien entre le détournement de finalité d'une prérogative, en l'occurrence une clause de modification unilatérale du prix dans un contrat de fourniture de voitures, et la contradiction avec les prévisions des parties¹⁶⁷⁷. Si le contractant poursuit de tels buts, il existe nécessairement une contradiction avec les prévisions légitimes de l'autre partie et le devoir de bonne foi s'en trouve violé. L'incohérence constitue une rupture de confiance, une trahison des prévisions légitimes du cocontractant. La cohérence suppose, à l'inverse, leur respect. Grâce à cette acception large du devoir de cohérence, il est possible de lui assimiler le devoir de bonne foi¹⁶⁷⁸.

B. Portée morale de l'exigence de cohérence

356. Caractère moral du principe de cohérence. La dimension morale du principe de bonne foi s'affirme dans son acception sociologique, entendue comme les « règles de conduite jugées comme adéquates, dans une société donnée, par l'opinion dominante »¹⁶⁷⁹. À cet égard, « le bien est cohérence »¹⁶⁸⁰, car « le bien en s'accomplissant est un facteur d'unité, donc d'être, le mal est manque, contradiction, rupture »¹⁶⁸¹. À l'inverse, « le diable est précisément, au sens étymologique (*diabolos*), le grand diviseur : division qui empêche l'action et la confiance d'autrui »¹⁶⁸². Autrement dit, « aucune entité ne peut se diviser contre elle-même »¹⁶⁸³ sans porter une atteinte à autrui. Si la sincérité a été considérée comme une

¹⁶⁷⁶ V. *infra*, n° 390 et s. Comp. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 925 et s., p. 710 et s.

¹⁶⁷⁷ Cass. Civ. 19 oct. 1931, *loc. cit.* : « Attendu qu'il est constaté [...] que, durant le cours du contrat, le demandeur en cassation a majoré dans des proportions excessives le prix des voitures et châssis faisant l'objet de la convention ; Attendu que si une clause de l'acte [...] réservait au fabricant la faculté de relever les prix de ses marchandises, la cour d'appel a pu, par interprétation de la volonté des parties, déterminer les limites raisonnables dans lesquelles l'exercice de cette faculté était enfermée ; qu'elle n'a pas excédé les bornes de son pouvoir souverain d'appréciation en considérant comme une violation des engagements du vendeur le fait pour celui-ci d'avoir subordonné la livraison des marchandises au versement d'un supplément du prix non justifié par les circonstances économiques et hors de toute proportion avec les prévisions des contractants », V. le commentaire de P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 753, p. 549.

¹⁶⁷⁸ Comp. D. HOUTCIEFF, qui plaide pour une différenciation du devoir de cohérence avec la bonne foi. V. par ex. « Quelle sanction pour la contradiction ? » note sous Cass. Com. 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 44, *RLDC* 2005/8, p. 5, spéc. n° 9 (Comp. D. R. MARTIN et R. SYNDET, *D.* 2006. 155, chron. Droit bancaire, qui dénoncent le « mol et lassant refuge de la mauvaise foi qui tarira bientôt toute analyse juridique »).

¹⁶⁷⁹ V. « Morale », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*

¹⁶⁸⁰ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 200, cité par D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 18, p. 30.

¹⁶⁸¹ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 441.

¹⁶⁸² L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *op. cit.*, p. 197.

¹⁶⁸³ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 18, p. 30.

composante de la loyauté¹⁶⁸⁴, c'est parce qu'elle suppose « la fidélité de l'image à la réalité »¹⁶⁸⁵, c'est-à-dire la non contradiction de l'une à l'autre. De même, la cohésion sociale exige la cohérence des règles de la société : « aussi un système juridique incohérent est-il voué à disparaître, à moins qu'il ne conduise à l'implosion de la société qu'il prétend régir »¹⁶⁸⁶. Il est donc faux de prétendre à la neutralité du principe de cohérence comparativement au bien moral : la cohérence ne se réduit pas à une « qualité intellectuelle » dénuée de morale¹⁶⁸⁷. « La contradiction du comportement est un reniement de soi »¹⁶⁸⁸, mais aussi une trahison de l'autre. Cette rupture avec la confiance accordée justifie que le droit la prohibe : Robinson sur son île peut faire preuve d'inconstance à sa guise parce qu'il n'existe pas de tiers pour faire les frais de celle-ci. La cohérence érigée en devoir ne peut pas prendre place dans la sphère de l'amoralité dans la mesure où l'incohérence d'une partie suppose une rupture avec la confiance que l'autre partie a placée en elle. « La cohérence est une qualité de l'homme de bien comme du bien de l'homme »¹⁶⁸⁹.

357. Qualification en devoir juridique. La bonne foi telle que nous l'avons défini ne correspond pas à la qualification d'obligation mais à celle d'un devoir. L'un des attributs de la notion de devoir juridique est la dimension morale qu'il recouvre. Un autre est sa portée générale, qui ressort de la qualification de la bonne foi en « principe directeur » dont le respect est exigé à tous les stades du contrat. Tous deux siéent à la bonne foi telle qu'elle a été définie¹⁶⁹⁰. Cette opinion est quasi-unanime dans la doctrine contemporaine et a été plusieurs fois démontrée¹⁶⁹¹.

¹⁶⁸⁴ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat...*, *op. cit.*, n° 1230, p. 775.

¹⁶⁸⁵ L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *op. cit.*, p. 197.

¹⁶⁸⁶ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 19, p. 31 et n° 39 et s., p. 51 et s.

¹⁶⁸⁷ *Contra* P.-Y. GAUTIER, « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence », *op. cit.*, n° 2, p. 110.

¹⁶⁸⁸ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 54, p. 64.

¹⁶⁸⁹ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 25, p. 40.

¹⁶⁹⁰ La source n'est pas un critère qui permet de distinguer le devoir de l'obligation. La loi n'est pas le seul vecteur de promotion du devoir. V. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 48, p. 42 : « il est envisageable que des parties à un contrat s'entendent pour stipuler un devoir particulier, et par là même, qu'elles précisent l'attitude qu'elles doivent adopter pendant l'exécution du contrat, tant que cette stipulation ne se heurte pas aux limites de l'ordre public et des bonnes mœurs ».

¹⁶⁹¹ V. not. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 7, p. 13 ; P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 153 et s., p. 137 et s. ; R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 129 et s., p. 115 et s. ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 119 et s., p. 94 et s. ; égal. V. « Devoirs de bonne foi et de coopération », in *Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, n° 114 ; *Contra* R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, dir. D. TALLON, th. dactyl., Paris II, 1992, p. 123 et s. ; Comp. F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits*, *Contribution*

La prééminence de l'aspect moral du devoir ressort de sa définition philosophique qui, dans l'une de ses acceptions, définit le devoir comme « une obligation morale considérée en elle-même et, en général, indépendamment de telle règle d'action particulière. Se dit surtout, mais non uniquement, de *l'impératif catégorique* kantien »¹⁶⁹². Les devoirs de fidélité, de secours et d'assistance entre les époux mettent en exergue cet aspect¹⁶⁹³, de même que le devoir de conscience qui déclenche l'obligation naturelle¹⁶⁹⁴. « Reconnaître de quelqu'un qu'il a le "sens du devoir", c'est vouloir lui faire un honneur qu'on chercherait en vain si on parlait de son "sens de l'obligation" »¹⁶⁹⁵. L'exigence de non-contradiction aux prévisions légitimes du sujet passif n'est « pas une chose mais un état [et] relève du domaine de l'être et non celui de l'avoir »¹⁶⁹⁶. Précisément, « aucune valeur pécuniaire n'est recherchée, il est seulement attendu du contractant qu'il se comporte "en honnête homme" »¹⁶⁹⁷. Monsieur Stoffel-Munck remarque que « le contrat s'exécute *de bonne foi, avec bonne foi* [de sorte que] c'est bien une certaine manière d'exécuter qui est désignée et non l'objet de l'exécution »¹⁶⁹⁸. Chaque partie est redevable d'une conduite loyale qui ne peut, pourtant, faire l'objet d'une exécution forcée et qui ne se rattache pas à une prestation économique¹⁶⁹⁹.

Par ailleurs, le devoir dispose d'un caractère générique tandis que l'obligation est relative. Le devoir vaut pour tous et à l'égard de tous, quand l'obligation ne concerne que des individus aux rôles de débiteur et de créancier déterminés. Certes, les devoirs contractuels n'ont de sens qu'au sein du lien qui unit les parties au contrat – en l'occurrence entre potentiel et sujet passif de la prérogative. Ce constat ne doit pourtant pas servir l'idée de la relativité de la bonne foi. Ce serait confondre le cadre déclencheur de l'exigence de respect du devoir, avec les éléments intrinsèques qui le façonnent¹⁷⁰⁰. Tel est le propre de l'obligation : un lien de droit impliquant, de fait, des extrémités connues. « Par l'existence de la prestation, l'obligation se

à l'étude des sanctions civiles, préf. A. GHOZI, éd. Panthéon-Assas, 2008, p. 84 et s., qui rapproche la bonne foi de la qualification d'incombance. Sur la notion d'incombance, V. *infra*, n° 438 et s.

¹⁶⁹² V. « Devoir », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, dir. A. LALANDE, Quadrige, Puf, 2010.

¹⁶⁹³ Art. 212 et 1388 C. civ.

¹⁶⁹⁴ Art. 1100, al. 2 C. civ.

¹⁶⁹⁵ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 155, p. 139.

¹⁶⁹⁶ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 159, p. 144.

¹⁶⁹⁷ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 49, p. 43, qui cite M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité de droit civil français, t. 4, Obligations, Partie 1*, 1952, n° 379 quater.

¹⁶⁹⁸ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 156, p. 141.

¹⁶⁹⁹ V. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 183, note 3 : sur le rattachement entre la notion d'obligation et la valeur économique : « Cela se comprend en raison de l'étymologie même du mot "créance". Le créancier est celui qui fait crédit à son débiteur parce qu'il a foi en lui. Or, avec la notion de crédit on se trouve dans le domaine des valeurs économiques ».

¹⁷⁰⁰ Comp. N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, *op. cit.*, n° 112 et s., p. 108 et s. L'auteur distingue les devoirs à sujets indéterminés des devoirs à sujets déterminés, par exemple les contractants.

rapproche du devoir [c'est ce que nous avons appelé "objet"]. Néanmoins, elle s'en distingue par l'existence d'un *lien de droit*. Le lien de droit est le critère qui permet de distinguer l'obligation du devoir. Son existence caractérise la première¹⁷⁰¹, son absence caractérise le second. Nous pouvons définir le devoir comme étant l'impératif catégorique qui impose l'accomplissement d'une prestation en l'absence d'un lien de droit »¹⁷⁰². Le devoir constitue, sur ce point, l'inverse de l'obligation. De par sa fonction sociale, il vaut pour tous, il est absolu. L'obligation est spécifique ; le devoir est général. En cela, la bonne foi dans l'exécution du contrat se caractérise comme un devoir.

358. Conclusion de la section. La bonne foi dans l'exercice des prérogatives contractuelles s'entend de la non-contradiction avec les prévisions légitimes du sujet passif. Les prévisions peuvent naître du comportement précédemment adopté, d'une déclaration antérieure, ou de la confiance issue de l'alliance entre les parties que le contrat réalise et qui leur confère des droits. Les prévisions qu'il convient de protéger sont donc de différents ordres. Leur étude permet de déterminer les conditions d'un exercice loyal, qui sont autant de manifestations du principe directeur de bonne foi dans l'exécution du contrat.

Section 2. La bonne foi substantielle

359. Dans l'exercice des prérogatives contractuelles, la faute de mauvaise foi correspond à la contradiction d'une prévision légitime, c'est-à-dire au comportement qui a pour conséquence de surprendre le sujet passif. Ces prévisions ou attentes légitimes ne sont pas exemptes du flou propre aux standards juridiques. Elles peuvent être décrites comme « les anticipations [juridiquement valides] nourries par les justiciables en raison des régularités de comportements ou d'un "savoir agir" pour reprendre ici l'expression de F. A. Hayek »¹⁷⁰³. Deux catégories de prévisions apparaissent, que la bonne foi doit également protéger. Tant le *moyen* que la *fin* dans la mise en œuvre du droit sont visés, c'est-à-dire le procédé et la raison de l'exercice du droit. L'unité de régime de ces deux catégories de fautes dans l'exercice des prérogatives contractuelles justifie leur réunion sous la bannière de la bonne foi. En outre, il

¹⁷⁰¹ P. DELEBECQUE et J.-F. PANSIER, *Droit des obligations, Régime général*, LexisNexis, 9^e éd., 2018, spéc. n° 5, qui considèrent que « le critère de l'obligation est donc ce *juris vinculum*, le "lien de droit" entre un créancier et un débiteur ». La note est de l'auteur.

¹⁷⁰² En ce sens, N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, *op. cit.*, spéc. n° 24.

¹⁷⁰³ G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, *op. cit.* n° 139, qui cite F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. 1, *Règles et ordre*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1973, Paris, PUF, Quadrige, 1995, trad. R. Audouin, p. 119.

est fréquent d'observer le cumul de ces fautes dans les cas d'espèces, rendant la première indissociable de la seconde. En premier lieu, la mauvaise foi peut être de type méthodologique. Du point de vue étymologique, la méthode signifie le cheminement ou le chemin suivi¹⁷⁰⁴. C'est donc au regard du procédé emprunté par le *potentior* pour exercer son droit que la mauvaise foi peut se faire jour (§1). La mauvaise foi peut, en second lieu, être de type téléologique. Les comportements qu'elle sanctionne consistent à détourner la prérogative de la finalité qui lui était attribuée. Le *potentior* abuse de son droit en poursuivant un dessein qu'il n'a pas vocation à accomplir (§2).

§1. La mauvaise foi de type méthodologique

360. À l'occasion de l'arrêt *Les Maréchaux*, la Chambre commerciale a refusé de paralyser l'exécution d'une obligation de garantie de passif. Comme l'explique la Cour de cassation dans son communiqué, « le créancier, même de mauvaise foi, reste créancier et le juge ne peut, au seul motif que la créance a été mise en œuvre de mauvaise foi, porter atteinte à l'existence même de celle-ci en dispensant le débiteur de toute obligation »¹⁷⁰⁵. Cette différence de sanction n'a cessé d'intriguer : « soit une solution spéciale doit être réservée pour ces “prérogatives” mais il faut pouvoir l'expliquer ; soit le raisonnement justifiant la neutralisation de telles prérogatives par l'idée de déloyauté n'est qu'un paravent cachant la prise en compte d'un problème qui dépasse la sanction du comportement indélicat de leur titulaire »¹⁷⁰⁶. Une différence tient à l'appréciation du caractère légitime des prévisions, qui varie selon qu'il s'agit d'une obligation ou d'une prérogative contractuelle. À l'étude, on s'aperçoit que le créancier ne peut être de mauvaise foi en réclamant son dû que sous certaines conditions restrictives. La mauvaise foi n'est pas spécifique aux prérogatives contractuelles. La différence de nature entre l'obligation et la prérogative produit une distinction en ce qui concerne leur régime (A). Après avoir caractérisé les prévisions reconnues comme légitimes, il est possible d'explorer les comportements du *potentior* susceptibles de les trahir. Ce faisant, les fautes de déloyauté relatives à la méthode employée par le *potentior* dans la mise en œuvre de la prérogative peuvent être énumérées (B).

¹⁷⁰⁴ Le terme est ici entendu dans sa dimension étymologique, V. « Méthode », in *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.* : du grec *methodos*, de *meta* et *hodos*, « la route, la voie, « direction qui mène au but ». *Methodos* signifie à l'origine le cheminement, le chemin suivi.

¹⁷⁰⁵ Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juil. 2007, *op. cit.* et *loc. cit.* V. égal. L. AYNES, « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », *op. cit.* ; P. STOFFEL-MUNCK, « Le créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *op. cit.*

¹⁷⁰⁶ P. STOFFEL-MUNCK, « Le créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *op. cit.*, n° 8.

A. L'opposition entre les prestations contractuelles et les prérogatives contractuelles

361. Le créancier n'est pas déloyal de la même façon que le *potentior*. L'étude de la notion de prérogative contractuelle a montré le particularisme de son objet qui s'analyse en une décision. Par cet aspect, les prérogatives constituent une catégorie de droits contractuels spécifique, qui justifie un traitement autonome dans leurs conditions d'exercice. Le devoir de bonne foi consiste à garantir les prévisions légitimes des parties face au comportement de l'une d'entre elles qui aurait vocation à les déjouer, a-t-on établi ; or l'examen d'une prévision légitime n'a de sens que dans l'hypothèse d'une incertitude. Les prévisions que la bonne foi protège consistent en des « opinions »¹⁷⁰⁷ sur des événements futurs et éventuels. C'est parce qu'il existe un doute sur l'exercice ou la manière d'exercer un droit contractuel qu'une partie peut construire une projection et arguer de déloyauté si elle est contrariée. L'incertitude s'imbrique dans la structure de la prérogative tandis qu'elle s'éloigne de celle de l'obligation. Affirmer qu'en dépit de la voie choisie pour exiger son paiement, le créancier reste créancier, c'est affirmer la légitimité immuable de ce dernier à réclamer son dû. Réciproquement, c'est refuser de reconnaître au débiteur qu'il était légitime à prévoir qu'il n'aurait pas à s'exécuter au vu du seul comportement du créancier. Cette affirmation n'emporte pas la négation de ce qu'un créancier peut agir de façon déloyale, mais l'art et la manière n'ont pas d'influence sur l'existence même de la créance. Les prévisions légitimes du débiteur d'une obligation (1) doivent donc être traitées séparément des prévisions légitimes du sujet passif d'une prérogative (2).

1) Les prévisions légitimes du débiteur de l'obligation

362. Le créancier déloyal reste créancier : la prévision illégitime du débiteur. Aucun débiteur ne peut légitimement prévoir la renonciation à la créance en raison de la négligence ou du manque de diligence du créancier dans son recouvrement. S'acquitter du paiement des obligations contractuelles est la première des prévisions légitimes des parties¹⁷⁰⁸. Il ne doit pas exister d'incertitudes à ce propos. Un contrat est conclu pour assurer

¹⁷⁰⁷ V. « Prévision », *Le Petit Robert*, *op. cit.*

¹⁷⁰⁸ L. AYNES, « Bonne foi », *op. cit.* : « On n'est pas créancier de bonne ou de mauvaise foi : cela n'a pas de sens. Comment pourrait-on prétendre que le créancier est de mauvaise foi lorsqu'il se borne à exciper de son droit de créance ? [...] Le juge peut examiner les conditions de naissance de la créance, sous l'angle de la validité du contrat ; mais une fois la créance née, il ne saurait lui *porter atteinte* ».

l'exécution des prestations qui en découlent. En ce sens, la bonne foi, loin de s'opposer à la force obligatoire, la renforce, et il n'est pas question de consacrer un « droit de ne pas payer ses dettes »¹⁷⁰⁹. La protection du débiteur face au créancier négligent est dévolue au mécanisme de la prescription. Elle consolide une situation de fait¹⁷¹⁰. *Quieta non movere*, dit l'adage. La prescription libératoire peut aussi être vue comme la sanction du créancier négligent¹⁷¹¹. Il n'y a donc pas de raison de conférer cette fonction à un autre mécanisme, en l'occurrence à la bonne foi. *Dies non interpellat pro homine* est une chose ; reprocher au créancier de réclamer sa créance avec du retard en est une autre, qui ne devrait pas être sanctionnée par le droit positif¹⁷¹². Il ne faudrait pas non plus prêter le rôle de l'exigibilité à la mise en demeure : l'exigibilité suffit à caractériser l'inexécution ; la mise en demeure établit la perspective de la contrainte à venir en raison de l'inexécution¹⁷¹³. Ainsi, le manque de diligence du créancier n'évince pas la *mora debitoris*¹⁷¹⁴. Sauf à prouver l'existence d'un contrat de remise de dette, le débiteur ne peut pas arguer du comportement du créancier pour s'estimer pleinement libéré de son obligation. La remise de dette peut être tacite, pourvu qu'elle soit certaine. Il ne suffit donc pas que le créancier ait donné un espoir de remise de dette pour que le débiteur soit fondé à prévoir sa libération. Par exemple, un échange entre une banque et son client, débiteur, ouvrant la possibilité de supprimer des agios ne peut légitimer la prétention que les agios seront supprimés de façon certaine. Consacrer la règle inverse serait contre-productif : il ne se trouverait plus de créancier pour accepter d'envisager une remise de dette compte tenu du risque qu'il prendrait à laisser la possibilité ouverte. Il existe donc d'autres modes d'extinction sans paiement de la créance, volontaire par la remise de dette ou du fait de l'écoulement du temps par la prescription. Pour cette raison, la passivité du créancier dans le recouvrement de sa créance ne doit pas donner lieu à l'extinction de la créance, soit directe, soit indirecte grâce à une compensation par dommages-intérêts. Plusieurs causes peuvent d'ailleurs expliquer que le créancier adopte cette attitude : tolérance face aux difficultés du débiteur, manque de diligence, voire négligence dans le recouvrement de sa créance. Peu

¹⁷⁰⁹ V. G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936. 57 ; J. MESTRE, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, *op. cit.*, p. 439.

¹⁷¹⁰ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. 4, *Les obligations, Régime général*, *op. cit.*, n° 140.

¹⁷¹¹ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 786.

¹⁷¹² Sur le renversement de la perspective du retard du débiteur en droit français, V. R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, étude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 113, spéc. n° 6, p. 117.

¹⁷¹³ B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, préf. C. OPHELE, Université de Poitiers et LGDJ, 2006, n° 199, p. 202. Sur la mise en demeure, V. *infra*, n° 416 et s.

¹⁷¹⁴ En latin, *mora* signifie « le retard ».

importe. S'acquitter de ce que l'on doit est la première des règles de conduite morale. *Nihil dolo facit creditor qui suum recepit* enseignaient déjà les juristes du Moyen Âge¹⁷¹⁵. Reconnaître la légitimité du débiteur à prévoir de ne payer sa dette n'est pas admis.

363. L'intention de nuire du créancier. Un premier cas de déloyauté du créancier doit être réservé. La remise de dette doit être certaine pour produire l'effet libératoire escompté mais l'éventualité d'une faute dolosive peut être envisagée¹⁷¹⁶. Le créancier pourrait intentionnellement faire espérer à son débiteur une remise de dette, le persuadant qu'il est sur le point de l'obtenir, avant de réclamer son dû. L'hypothèse est théorique. Il n'existe pas, à notre connaissance, de cas d'espèce rapportés en jurisprudence illustrant un tel comportement. D'ailleurs, cette version des rapports entre créancier et débiteur est une hypothèse d'école dans des relations purement économiques. Elle serait plus probable dans des relations de type mixte, qui mêlent un rapport économique et un rapport affectif. Le comportement est animé par la volonté de nuire¹⁷¹⁷. Il constitue une faute de déloyauté, parce que la volonté de nuire au cocontractant entre toujours en contradiction avec les prévisions légitimes de ce dernier¹⁷¹⁸. La confiance qui procède du contrat laisse légitimement supposer que l'autre partie n'agira pas dans ce but, ce qui suffit à caractériser la mauvaise foi. En revanche, la faute ne réside pas dans la réclamation du paiement mais dans ce qui précède, c'est-à-dire avoir fait croire à l'imminence d'une libération sans paiement. Le débiteur ne peut pas arguer de sa libération si la remise de dette n'a pas revêtu un caractère certain. Il peut simplement invoquer le préjudice d'espérance trompée qu'a intentionnellement causé le créancier pour obtenir des dommages-intérêts. Cette faute est loin d'être la plus courante néanmoins.

364. L'exécution rendue impossible par le comportement du créancier. Le créancier est déloyal lorsqu'il réclame brutalement paiement après avoir contribué à l'impossibilité pour le débiteur de s'acquitter de sa dette. Dans ce cas, ce qui contrevient aux prévisions légitimes du débiteur n'est pas le fait de réclamer le paiement mais la brutalité qui l'accompagne. La réclamation est consécutive au comportement antérieur du créancier : la

¹⁷¹⁵ V. J. MESTRE, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *op. cit.*, n° 2, p. 439.

¹⁷¹⁶ Sur la notion de faute dolosive, V. *infra*, n° 370.

¹⁷¹⁷ V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 35, p. 45 : « le jeu de la maxime *Malitis* est clairement général. Elle s'applique même à l'occasion de l'exercice de la prérogative première du créancier : le droit de demander l'exécution de la prestation promise ».

¹⁷¹⁸ V. *infra*, n° 393 et s.

*mora creditoris*¹⁷¹⁹. Il faut encore décrire le comportement qui constitue, dans cette hypothèse, une faute de déloyauté. Comme vu précédemment, il ne s'agit pas d'une absence de mise en demeure, ou de réclamation amiable de paiement adressée au débiteur. Quelle que soit la cause que l'on prête au comportement de passivité du créancier, tout débiteur est censé s'exécuter spontanément et la réclamation du paiement constitue déjà en elle-même un disfonctionnement¹⁷²⁰. Cependant, il est des cas dans lesquels le débiteur ne peut pas s'exécuter indépendamment du comportement du créancier¹⁷²¹. Une attitude active est exigée de ce dernier pour que l'obligation puisse être payée. C'est, par exemple, le cas d'un entrepreneur qui doit pouvoir accéder aux locaux de son client pour exécuter ses obligations. C'est aussi le cas du locataire, débiteur des charges locatives, qui doit être informé par son créancier du montant de la dette annuelle. Dans le même sens, manque à son devoir de loyauté l'acquéreur qui ne met pas son cocontractant en mesure d'exécuter son obligation de délivrance¹⁷²². Le brusque revif du créancier pour obtenir son paiement n'est pas sans conséquences sur la situation du débiteur, en particulier lorsque les obligations sont successives et qu'elles se sont accumulées. À cet égard, il faut protéger le débiteur de la versatilité du créancier. La loi n'ignore pas ces hypothèses. Les articles 1345, 1345-1 et 1345-2 du Code civil organisent la libération du débiteur lorsque le créancier empêche son exécution. Le débiteur est libéré par le séquestre ou la consignation de l'objet de la prestation lorsque c'est possible (article 1345-1 C. civ.). Quand l'obligation porte sur un autre objet, en particulier sur une prestation de faire, le débiteur est libéré si l'obstruction du créancier n'a pas cessé dans les deux mois de la mise en demeure (article 1345-2 C. civ.). Néanmoins, ces dispositions n'épuisent pas les difficultés relatives à ces cas de figure. D'une part, les conséquences de la libération du débiteur sur le fondement de l'article 1345-2 du Code civil restent floues. La résolution du contrat paraît la solution la plus logique si le contrat est synallagmatique, ce qui n'est pas sans poser problème¹⁷²³. Le débiteur qui ne désire pas l'extinction du contrat a tout intérêt à attendre que le

¹⁷¹⁹ V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 309 et s., p. 226 et s. ; C. ROBIN, « La *mora creditoris* », *RTD civ.* 1968. 607, spéc. p. 609 : la *mora creditoris* se définit comme « la situation dans laquelle se trouve le créancier lorsqu'il a, par son fait, empêché le débiteur d'exécuter son obligation ».

¹⁷²⁰ Par principe d'ailleurs, la dette est portable (Art. 1343-4 C. civ.), bien que la mise en demeure ait été érigée en condition *sine qua non* de la reconnaissance de l'inexécution en droit français, V. *infra*, n° 416 et s.

¹⁷²¹ En ce sens égal. P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, dir. J. GHESTIN, th. dactyl., Paris I, 2000, n° 722, p. 919.

¹⁷²² Cass. Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, n° 04-19.178.

¹⁷²³ En ce sens, V. not. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., « Art. 1345-2 » : « Deux arguments peuvent néanmoins être invoqués en faveur de la résolution du contrat pour le tout. Premièrement, une telle résolution, accompagnée de dommages et intérêts, offre au juge le moyen technique de moduler les conséquences de la carence du créancier pour tenir notamment compte de l'économie réalisée par le débiteur, lequel se trouve libéré sans avoir eu à

créancier arrête son obstruction de lui-même sans le mettre en demeure, ce qui ne saurait lui être reproché. Ce faisant, si le créancier, par sa brutalité, fait passer le débiteur d'une situation d'attente à une situation de devoir immédiatement s'exécuter, ce dernier devrait pouvoir invoquer sa déloyauté. Le créancier ne doit pas être en position d'imposer le temps de l'exécution comme il l'entend, à charge pour le débiteur de s'y plier ou de résoudre le contrat. C'est donc la brutalité du paiement exigé du débiteur après que le comportement du créancier en a rendu impossible l'exécution spontanée qui caractérise la déloyauté¹⁷²⁴. Au sujet des obligations de somme d'argent, l'article 1345-1 du Code civil n'envisage de solution que pour les hypothèses dans lesquelles le montant est connu par le débiteur. À l'inverse, lorsqu'il revient au créancier de communiquer la somme attendue, le débiteur ne peut pas se libérer par le séquestre. La réclamation soudaine du paiement se traduit alors par un comportement déloyal. Par conséquent, des dommages-intérêts peuvent être dus. La jurisprudence relative au rappel brutal des charges locatives confirme ces vues.

365. L'exemple de l'obligation de paiement des charges locatives. Le rappel brutal de charges locatives dues pour plusieurs années écoulées depuis un certain temps constitue un cas usuel en jurisprudence. Dans la plupart des arrêts, la Cour de cassation est intraitable : répétant la formule des *Maréchaux*, elle censure les juges d'appel qui tentent d'éteindre la dette du locataire en raison d'une faute de déloyauté dans l'exécution du contrat¹⁷²⁵. Le rejet classique des demandes des locataires tendant à voir leur dette effacée est conforme à la jurisprudence du 10 juillet 2007 et plus généralement à la règle selon laquelle aucun débiteur ne peut légitimement prévoir qu'il n'aura pas à exécuter ses obligations. Un arrêt doit cependant être cité. Le 21 mars 2012, la troisième Chambre civile a estimé que la dette née des charges locatives impayées devait se compenser avec les dommages-intérêts dus par

exécuter son obligation. Deuxièmement, cette solution est plus facile à concilier avec la règle de l'article 1794 du Code civil qui permet au maître de l'ouvrage de mettre fin au contrat d'entreprise à forfait non pas en versant le prix convenu, mais en indemnisant l'entrepreneur de tous ses frais et du gain escompté du contrat. S'il devait au contraire être décidé, sur le fondement du régime général de l'obligation, que le débiteur de la prestation empêchée a droit à toute la contrepartie prévue au contrat, alors la disposition spéciale que constitue l'article 1794 serait curieusement plus favorable pour le créancier que le texte de droit commun ». V. égal. art. 81 al. 2 du Projet « Terré » : « Lorsque l'obligation porte sur un autre objet et si l'obstruction n'a pas cessé dans les deux mois de la mise en demeure, le débiteur peut se libérer par notification adressée au créancier. En matière contractuelle, cette notification emporte résolution ».

¹⁷²⁴ La sanction de l'inexécution lorsque le créancier en est à l'origine doit être rejetée. Par ex. Cass. Com., 14 mai 1996, n° 94-12. 502. Sur la neutralisation de la clause résolutoire en cas d'inexécution imputable au créancier, Cass. Req. 3 janv. 1883, *S.* 1883. 1. 415 ; Cass. Com. 12 janv. 1967, *Bull. civ.* III, n° 30 ; Cass. Civ. 3^e, 25 févr. 1971, *Bull. civ.* III, n° 136 ; CA Paris, 13 févr. 1985, *D.* 1985. IR 417, M. CABRILLAC.

¹⁷²⁵ Par ex. Cass. Civ. 3^e, 2 déc. 2014, n° 13-23.988 ; Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 2016, n° 15-22.844 ; *RDC* 2017. 69, J.-B. SEUBE.

le bailleur à la caution solidaire de la locataire compte-tenu des fautes commises par lui¹⁷²⁶. Les fautes étaient constituées par le rappel brutal et tardif des charges, ainsi que par le manquement à une obligation accessoire de délivrance pour n'avoir pas mis à disposition de la locataire la cave associée au logement. Le débiteur s'est trouvé déchargé de sa dette par le jeu de la responsabilité contractuelle. Les faits de l'espèce caractérisent la déloyauté du créancier-bailleur : la locataire et sa caution lui avaient à plusieurs reprises adressé des relances en demande de régularisation des charges, toutes restées lettres mortes. Le zèle des débiteurs pour tenter de payer leur dette, auquel s'ajoute l'inexécution d'une obligation contractuelle du bailleur, justifie la solution retenue par la Cour de cassation, qui s'appuie largement sur l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁷²⁷. La seule faute de déloyauté du créancier n'aurait pas suffi à éteindre la dette du locataire. L'adjonction de la sanction de l'inexécution de l'obligation accessoire de délivrance le permet. Ce n'est que parce qu'un autre manquement du créancier était soulevé que la créance de dommages-intérêts a pu s'élever au montant de la dette des charges locatives, sans violer la règle imposée par l'arrêt *Les Maréchaux*. Pour autant, le rappel brutal des charges locatives illustre la manière dont un créancier peut être déloyal en exigeant l'exécution de son droit de créance. C'est que cette hypothèse vise une obligation d'un genre spécial : son existence ne fait pas de doute pour le débiteur mais son montant lui est, en revanche, inconnu. Cette incertitude l'empêche de s'acquitter spontanément de sa dette. Elle comporte une part d'assujettissement pour le débiteur qui est soumis, en matière de délai de paiement, au bon vouloir du créancier dans la limite des cinq années de l'article 2224 du Code civil. La déloyauté du créancier consiste ainsi à profiter de l'ascendant dont il dispose sur le débiteur. La Cour de cassation a retenu que le défaut de régularisation annuelle des charges prévue pour le bailleur par l'article 23 de la loi du 6 juillet 1989 n'était pas susceptible de sanction, la prescription seule éteignant cette créance¹⁷²⁸. Là est la véritable incohérence. L'injonction faite au bailleur de régulariser annuellement ces charges devrait considérablement réduire les litiges, mais la défectuosité de la règle procède de l'absence de sanction¹⁷²⁹. Une incombance d'information en la matière,

¹⁷²⁶ Cass. Civ. 3^e, 21 mars 2012, *Bull. civ.* III, n° 49 ; *D.* 2012. 946, Y. ROUQUET ; *D.* 2013. 863, N. DAMAS ; *AJDI* 2012. 597, S. Le GAC-PECH ; *RTD civ.* 2012. 763, Y.-M. LAITHIER ; p. 806, O. DESHAYES.

¹⁷²⁷ V. S. Le GAC-PECH, note sous Cass. Civ. 3^e, 21 mars 2012, *op. cit.*

¹⁷²⁸ Cass. Civ. 3^e, 9 nov. 2017, n° 16-22.445 ; *AJDI* 2018. 279, N. DAMAS ; *D.* 2018. 1328, A.-L. MEANO : « attendu qu'ayant exactement retenu que l'obligation de régularisation annuelle des charges n'était assortie d'aucune sanction et que le bailleur pouvait en justifier à tout moment dans la limite du délai de prescription ».

¹⁷²⁹ La seule conséquence au défaut de régularisation a été ajoutée à l'art. 23 de la loi du 6 juil. 1989 par la loi ALUR du 24 mars 2014. Elle prévoit que « lorsque la régularisation des charges n'a pas été effectuée avant le terme de l'année civile suivant l'année de leur exigibilité, le paiement par le locataire est effectué par douzies, s'il en fait la demande ».

préalable à l'exercice du droit de créance, permettrait d'empêcher tout comportement déloyal de la part du créancier¹⁷³⁰. Elle serait sanctionnée par une déchéance à la manière des incombances d'information mises à la charge du créancier concernant l'évolution du montant de la créance garantie par la caution¹⁷³¹. La sanction de la déloyauté du créancier par l'allocation de dommages-intérêts pallie en réalité ce manque.

366. L'hypothèse de la mise en œuvre d'une prérogative de résolution pour inexécution. La résolution unilatérale, qu'elle soit mise en œuvre sur le fondement d'une clause ou de l'article 1226 du Code civil, mérite un traitement spécifique en raison du fait générateur qui rend possible son exercice : le non-paiement d'une obligation¹⁷³². Il y a une interférence entre le contenu obligationnel du contrat et une prérogative contractuelle. De nombreux arrêts ont sanctionné le créancier-*potentior* pour l'exercice déloyal de sa clause résolutoire¹⁷³³. Il en va ainsi lorsqu'elle est brutalement mise en œuvre par le créancier qui n'a jamais réclamé le paiement pendant de nombreuses années¹⁷³⁴. Il en va de même lorsque le concédant invoque brutalement la clause après avoir toujours consenti des facilités de paiement¹⁷³⁵ ou encore quand elle est exercée via une sommation de payer par un bailleur qui sait ses locataires en vacances¹⁷³⁶. L'inexécution du débiteur ne met pas le créancier à l'abri d'une faute de mauvaise foi, ce qui s'explique aisément. Réclamer le paiement de l'obligation n'équivaut pas à décider de la sanction de l'inexécution. La première réaction possible face à l'inexécution consiste à demander la réalisation exacte de ce qui a été prévu ; la seconde consiste à adapter la situation à l'inexécution, ce qui diffère sensiblement. La demande en paiement doit être considérée comme une prévision légitime malgré un manque de diligence

¹⁷³⁰ Sur le concept d'incombance, V. *infra*, n° 437 et s.

¹⁷³¹ Par ex. art. 2293 C. civ. ; art. L. 313-22 C. mon. fin. ; art. L. 343-6 C. conso.

¹⁷³² L'art. 1226 C. civ. exige une inexécution grave en matière de résolution unilatérale. L'art. 1225 al. 1 C. civ. subordonne la validité de la clause résolutoire à la précision des engagements dont l'inexécution sera susceptible de donner lieu à son exercice.

¹⁷³³ V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 14 mars 1956, *Bull. civ.* I, n° 133 ; Cass. Civ. 3^e, 25 janv. 1983, *Bull. Civ.* III, n° 21 ; *RTD civ.* 1985. 163, J. MESTRE ; Cass. Civ. 3^e, 17 juil. 1992, *Bull. civ.* III, n° 254 ; *D.* 1992. 3999, J.-L. AUBERT.

¹⁷³⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 8 avr. 1987, *Bull. civ.* III, n° 88 ; *JCP G.* 1988.II.21037, Y. PICOD. V. aussi D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, op. cit.*, n° 875-878, p. 683-685 ; P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat..., op. cit.*, n° 100, p. 93. Un contrat de vente immobilière avec réserve d'usufruit au profit du vendeur et de son épouse avait été conclu moyennant un prix comptant et une rente viagère. Le paiement de la rente n'est jamais réclamé jusqu'au jour où la veuve du vendeur, à l'occasion d'un différend d'ordre privé, les met en demeure et les assigne en résolution. La Cour estima, entre autres, que « le brusque changement de comportement de [la crédièntière], seulement dû à des dissensions dans le ménage de [...], avait constitué une situation imprévisible pour les débirentiers empêchés de se mettre en règle dans le délai prévu » ce dont il résultait que « la clause résolutoire n'avait pas été invoquée de bonne foi ».

¹⁷³⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 25 mars 1991, n° 88-19.546 : La Cour insiste sur le fait que le concédant a agi « contrairement à une pratique établie depuis des années » et « sans mise en garde préalable ».

¹⁷³⁶ Cass. Civ. 3^e, 16 oct. 1973, *Bull. civ.* III, n° 529 ; Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 1976, *Bull. civ.* III, n° 465 ; *RTD civ.* 1977. 340, G. CORNU.

prolongé du créancier en la matière. À l'inverse, la décision de résoudre le contrat peut constituer une rupture par rapport aux prévisions légitimes du débiteur lorsque l'attitude antérieure du créancier ne laissait pas présager cette issue. Dans les deux premières espèces citées, « le créancier a créé une situation de stabilité, accréditant l'idée, chez le débiteur qu'il n'invoquerait pas son droit dans l'immédiat, il n'est donc pas illogique de le contraindre à la cohérence »¹⁷³⁷. Par ailleurs, adresser une mise en demeure au moment précis où l'on sait qu'elle ne pourra pas être suivie d'un paiement en raison de l'absence du débiteur suppose, outre une entrave à la bonne exécution du contrat, une intention malicieuse¹⁷³⁸. Ce comportement constitue une trahison de la confiance accordée lors de la conclusion du contrat et, en ce sens, une contradiction avec les prévisions légitimes. La formalité de mise en demeure est détournée de sa finalité. Cette faute caractérise une attitude déloyale de type téléologique¹⁷³⁹.

En définitive, le créancier est déloyal lorsqu'il a intentionnellement laissé espérer au débiteur une remise de dette dans le but de lui nuire. Il l'est également quand il exige brutalement le paiement de sa créance alors que par son comportement, il en a, pendant un temps, empêché l'exécution spontanée par le débiteur. La sanction repose sur la responsabilité civile du créancier, mais les dommages-intérêts alloués pour ce faire ne doivent pas aboutir, par le jeu de la compensation, à une extinction complète de la dette. Ces comportements fautifs ne résident pas dans la demande en exécution du droit de créance mais dans son attitude antérieure. Le créancier qui fait miroiter une remise de dette ne l'a jamais octroyée, ce qui empêche de considérer la créance éteinte. Il a, en revanche, pris plaisir à tourmenter son débiteur en amont, ce qui constitue une faute de mauvaise foi. Le créancier cause également un préjudice au débiteur par la brutalité du rappel qui entre en opposition avec les prévisions légitimes du débiteur sur le moment où il devait s'exécuter. Là encore, le débiteur ne peut pas de bonne foi prétendre avoir cru être libéré de son obligation. La « croyance légitime d'une inexécution indolore »¹⁷⁴⁰ n'existe pas. Le contrat est voué à garantir l'exécution des prestations qui en découlent et aucun comportement unilatéral ne peut permettre d'en déduire le contraire. « Pour le dire brutalement, même un salaud a droit d'être payé. Il y a une différence de perspective, une différence d'ordre de valeurs, entre le jugement sur l'individu et le

¹⁷³⁷ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, op. cit., n° 904, p. 700.

¹⁷³⁸ En ce sens, A. BENABENT, « Rapport français », op. cit., p. 299.

¹⁷³⁹ V. *infra*, n° 396-397.

¹⁷⁴⁰ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », op. cit., p. 615.

jugement sur droit »¹⁷⁴¹. La règle selon laquelle le paiement des obligations contractuelles est la première des prévisions légitimes des parties est à la croisée des principes de force obligatoire et de bonne foi. Elle explique que la créance ne soit jamais privée d'existence. À l'inverse, en raison de la spécificité de sa nature, la prérogative contractuelle doit pouvoir être neutralisée dans ses effets lorsque le *potentior* la met en œuvre de façon déloyale.

2) Les prévisions légitimes du sujet passif de la prérogative contractuelle

367. L'incertitude, attribut de la décision – La certitude, attribut de l'obligation. Parce que la prérogative contractuelle a pour objet une décision, son exercice est par définition porteur d'incertitudes. Le droit d'imposer une décision implique, en effet, pour celui qui la subit, de supporter une certaine précarité. L'alternative qui habite la prérogative peut résider dans le seul fait de son exercice, dans le moment de son exercice ou dans la manière de l'exercer. Dans nombre de cas, le sujet passif ne sait pas à quoi s'attendre. Le *potentior* a le pouvoir de choisir d'user ou de ne pas user de son droit. Tel est le cas de la renonciation *pendante conditione*, de la modification du quantum de l'obligation ou encore d'une prérogative de dissolution de la situation contractuelle, par exemple. Dans d'autres hypothèses plus exceptionnelles, la prérogative sera *a priori* exercée de façon certaine. Ainsi en est-il d'une clause de fixation unilatérale du prix, ou d'une obligation alternative. C'est alors la façon de mettre en œuvre la prérogative qui fait mystère pour le sujet passif.

À l'opposé, l'exécution de l'obligation contractuelle n'a rien d'imprédictible. Une obligation n'est pas *exercée* comme l'est une prérogative, en réalité elle est *exécutée*. Cette différence terminologique exprime la différence de nature entre ces deux droits : l'exécution d'une obligation consiste en l'accomplissement de ce qui est attendu et garanti par le contrat. En théorie, le créancier n'a pas à réclamer le paiement de sa créance au débiteur ; ce dernier est censé s'en acquitter spontanément. L'exécution des obligations contractuelles est la cause objective du contrat, la base de la confiance que les parties se sont accordées lors de leur engagement. Le paiement de la créance est la première des attentes raisonnables du créancier et doit être considéré comme la première des prévisions légitimes du débiteur. Cet aspect distingue l'obligation de la prérogative qui, pour être exercée, nécessite une action de la part du *potentior*. Tandis que le débiteur sait, une fois l'obligation devenue certaine, qu'il devra

¹⁷⁴¹ P. STOFFEL-MUNCK (et P-Y. GAUTIER), « Entre la bonne foi et le respect des clauses, que choisir ? » (2^e partie), *op. cit.*

l'exécuter à l'échéance, le sujet passif est réduit à faire des conjectures sur la modification éventuelle à venir du fait de l'exercice de la prérogative. Dans le même sens, les règles d'organisation du contrat, comme son terme ou une clause d'attribution de compétence juridictionnelle, constituent des effets automatiques : le contrat les produit indépendamment du comportement des parties. Pour le contenu obligationnel comme pour les effets automatiques du contrat, il ne s'agit que de tirer les conséquences attendues de ce qui a été originellement prévu lors de la conclusion du contrat. Si une incertitude apparaît au sujet de leur réalisation, celle-ci est pathologique et traitée comme une stricte inexécution. En revanche, la décision, au cœur des prérogatives contractuelles, porte une incertitude saine. Cette incertitude est naturelle et voulue comme telle : elle permet à la prérogative de remplir sa fonction d'adaptation du contrat.

368. **L'influence du comportement du *potentior* sur les prévisions du sujet passif.** Plus l'incertitude est grande, plus le comportement du sujet actif du droit a une influence sur les prévisions du sujet passif du droit. Inversement, moins il y a d'incertitude sur l'issue d'une situation, moins le comportement adopté par le sujet actif a d'incidence sur les prévisions du sujet passif. L'incertitude que porte en elle la prérogative confère de l'importance au comportement adopté par le *potentior* : son attitude influe sur les prévisions du sujet passif. De façon générale, l'exercice de la prérogative par le *potentior* est beaucoup plus incertain que la réclamation du paiement par le créancier. Pour les prérogatives contractuelles dont l'exercice est quasi-certain, la manière de les exercer est aléatoire. De la sorte, le comportement du titulaire de la prérogative a un fort impact sur les prévisions du sujet passif. C'est, par exemple, le cas du *potentior* qui laisse entendre qu'il n'exercera pas sa prérogative avant de l'exercer finalement. Le droit de créance, en revanche, n'est pas constitué par une alternative. Le créancier n'exerce pas un choix lorsqu'il réclame son exécution ; il ne prend pas de décision au sens juridique du terme. Réclamer son dû, c'est exiger la réalisation de ce qui a été prévu : l'absence d'aléa à cet égard empêche d'y voir un comportement de bonne ou de mauvaise foi. Par conséquent, l'incertitude du débiteur à propos de l'exercice du droit de créance est très réduite : elle est la conséquence d'hypothèses rares et pathologiques précédemment exposées. Cette différence, due à la nature respective de ces droits, explique qu'on accorde la plus grande importance au comportement du *potentior*, par comparaison au traitement réservé à l'attitude du créancier. Les possibilités que permet la prérogative justifient qu'on scrute les prédictions du sujet passif au regard du comportement

du *potentior*. De la sorte, le premier peut valablement arguer que l'exercice de la prérogative par le second est de mauvaise foi pour le neutraliser.

L'adaptation de la situation contractuelle, aussi nécessaire qu'elle soit, ne doit pas se faire au prix de la précarité du contractant qui la subit. En cela, l'exigence de cohérence attendue du *potentior* permet de rendre l'adaptation supportable pour le sujet passif. Opérée au sein du contrat, acte de prévision par excellence, l'adaptation doit donc répondre à l'impératif de non-contradiction eu égard aux manières de mettre en œuvre le droit. Celle-ci, en effet, permet la sécurité juridique par la stabilité qu'elle impose. Ainsi comprise, la bonne foi « colonise un futur juridique en forme de prolongement statique du passé »¹⁷⁴². Les fautes de déloyauté méthodologique dans l'exercice de la prérogative contractuelle peuvent être répertoriées comme autant de modes d'exercice de la prérogative qui organisent, volontairement ou involontairement, une rupture avec les prévisions légitimes du sujet passif.

B. Les fautes de mauvaise foi méthodologique dans l'exercice de la prérogative contractuelle

369. Les fautes de mauvaise foi méthodologique sont ainsi nommées parce qu'elles reposent sur le cheminement qui aboutit à l'exercice de la prérogative. Les moyens dont le *potentior* a usé sont ici scrutés pour caractériser la mauvaise foi. Il s'agit toujours d'une contradiction avec les prévisions légitimes du sujet passif, mais leur gravité et leur nature diffèrent. On peut ainsi distinguer les fautes dolosives (1) et les fautes simples (2).

1) Les fautes dolosives

370. Le mouvement d'objectivation de la bonne foi n'a pas éradiqué la prise en compte de la psychologie des contractants mais l'a simplement reléguée à un rang accessoire. Cette question réapparaît au stade de la gravité des fautes de déloyauté. L'enjeu de la qualification réside dans la sanction¹⁷⁴³. Les fautes dolosives, que l'article 1231-3 du Code civil assimile aux fautes lourdes, se caractérisent lorsque le titulaire du droit contractuel agit sciemment « par

¹⁷⁴² D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, op. cit., n° 50, p. 62.

¹⁷⁴³ En particulier lorsqu'elle a lieu par dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle, V. *infra*, n° 488.

dissimulation ou par fraude »¹⁷⁴⁴. Si la jurisprudence n'exige plus depuis 1969 la preuve d'une intention de nuire¹⁷⁴⁵, elle prend pour critère le caractère délibéré du comportement adopté. À cet égard, faute dolosive et faute intentionnelle doivent s'entendre de façon équivalente¹⁷⁴⁶. La faute lourde, elle, « se caractérise par un comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénonçant l'inaptitude de son débiteur à l'accomplissement de sa mission contractuelle »¹⁷⁴⁷. Madame Sichel, dans une perspective de renouvellement des définitions des fautes à l'aune de leur gravité, a proposé de redéfinir la faute intentionnelle comme étant celle pour laquelle son auteur a conscience de la réalisation certaine du dommage¹⁷⁴⁸. Cette définition intègre des situations variables, de la volonté de créer le dommage à la prévision du dommage accepté mais non voulu¹⁷⁴⁹. Appliquée à la bonne foi, cette définition réintroduit au stade de la gravité de la faute la prise en compte de la psychologie de contractant déloyal¹⁷⁵⁰. Des cas d'espèces illustrent la façon dont le titulaire d'une prérogative a pu, sciemment, abuser de la confiance légitime que lui accordait le sujet passif et, ce faisant, trahir les prévisions de ce dernier. La jurisprudence fournit quantité d'exemples permettant de caractériser les fautes selon leur nature, sans prétendre à l'exhaustivité. Ces fautes peuvent être classées selon que le *potentior* adopte une attitude active (a) ou passive (b).

¹⁷⁴⁴ Cass. Civ. 3^e, 27 juin 2001, *Bull. civ.* III, n° 83 ; *RTD civ.* 2001. 887, P. JOURDAIN ; *RDI* 2001. 525, P. MALINVAUD. Égal. Cass. Com. 19 janv. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 24.

¹⁷⁴⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 4 févr. 1969, *Bull. civ.* I, n° 60, *Société des comédiens français* : « le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire » ; *D.* 1969. 601, J. MAZEAUD. V. aussi Cass. Civ. 1^{re}, 22 oct. 1975, *Bull. civ.* I, n° 290 ; *D.* 1976. 151, J. MAZEAUD.

¹⁷⁴⁶ Sur ce point, V. not. L. SICHEL, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. dactyl., Paris 1, 2011, n° 197. V. toutefois M. LEVENEUR-AZEMAR, *Études sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2017, n° 503 et s., p. 254 et s.

¹⁷⁴⁷ Cass. Ch. mixte, 22 avr. 2005, *Bull. civ. mixte* n° 3 ; *D.* 2005. 2748, H. KENFACK ; p. 2836, S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2005. 604, P. JOURDAIN ; p. 779, J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2005. 828, B. BOULOC ; *JCP G.* 2005.II.10066, G. LOISEAU ; *RDC* 2005. 673, D. MAZEAUD ; p. 752, P. DELEBECQUE ; *RLDA*, sept. 2005. 8, G. VINEY. V. G. CHANTEPIE, « Contrat : effets – Sanction de l'inexécution du contrat », in *Répert. dr. civ., op. cit.*, n° 309. Adde Cass. Com. 29 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 115, *op. cit.*

¹⁷⁴⁸ L. SICHEL, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 342 et s. La thèse a été reprise par une partie de la doctrine depuis. V. M. LEVENEUR-AZEMAR, *Études sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, *op. cit.*, 2017, n° 562 et s., p. 286 et s. ; M. POULMAREDE, *Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3121.121 et s.

¹⁷⁴⁹ L. SICHEL, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, spéc. n° 346.

¹⁷⁵⁰ Madame Sichel établit deux dimensions propres à identifier le degré de la gravité de la faute. Le premier est matériel ou objectif et conduit à évaluer le préjudice subi par la victime et causé par le comportement fautif. Le second – ici en cause – est intellectuel ou subjectif, et repose sur la conscience de l'auteur de la faute eu égard aux effets potentiellement dommageables de son comportement.

a) L'action dolosive du *potentior*

371. **Manœuvres dolosives du *potentior*.** La trahison du *potentior* peut d'abord être rapprochée des manœuvres dolosives mentionnées par l'article 1137 du Code civil au stade de la formation du contrat. Elles se caractérisent par une volonté d'induire le sujet passif en erreur, mise au jour par le biais d'agissements antérieurs à l'exercice du droit. S'il ne s'agit pas de surprendre le consentement du cocontractant comme au stade de la formation du contrat, il s'agit de surprendre ses prévisions. Outre la symétrie tant aimée des jardins à la française, l'utilisation de la taxinomie des vices du consentement pour décrire ce type de faute présente l'avantage d'exposer clairement son contenu. Comme en matière de vice du consentement, la manœuvre détermine la prévision du sujet passif. Par ailleurs, la tromperie est provoquée par un comportement actif du titulaire de la prérogative. Le mensonge en est une manifestation courante¹⁷⁵¹, mais cette catégorie va au-delà. Elle englobe tout comportement actif qui encourage le sujet passif dans la croyance que la modification redoutée ne surviendra pas dans un futur proche. Il s'agit *in fine* d'une contradiction au détriment d'autrui dont on peut démontrer qu'elle était volontairement organisée. De multiples cas peuvent être imaginés en matière de mensonge. Il en va ainsi du titulaire de la prérogative de résiliation qui assure à son cocontractant qu'il entend poursuivre le contrat, par exemple pour l'empêcher de contracter avec un concurrent, avant de se désavouer. D'autres comportements plus pernicioeux peuvent être assimilés aux manœuvres dolosives. Tel est le cas « du concédant qui incite son partenaire à la réalisation de lourds investissements tout en sachant qu'il va prochainement mettre fin à leur relation »¹⁷⁵². Dans le même sens, on peut envisager des hypothèses d'attitudes dilatoires exécutées par le bénéficiaire de la prérogative afin de l'exercer au moment le plus profitable pour lui. Plus encore, c'est au regard de l'exercice de prérogatives de sanction que des manœuvres dolosives peuvent être identifiées.

372. **Manœuvres dolosives dans l'exercice des prérogatives de sanctions.** Un autre type de comportement mérite sa place au rang des actions dolosives : il s'appuie sur l'entrave à la bonne exécution du contrat. Dans cette série d'hypothèses, c'est en qualité de

¹⁷⁵¹ Sur la reconnaissance du mensonge comme manœuvre dolosive susceptible de constituer un vice du consentement, V. Cass. Civ. 3^e, 6 nov. 1970, *Bull. civ.* III, n° 587 ; *JCP G.* 1971.II.16942, J. GHESTIN ; *Defrénois* 1971, art. 30005 n° 82, J.-L. AUBERT.

¹⁷⁵² Par ex. Cass. Com. 5 avr. 1994, *JCP G.* 1994.I.3803, C. JAMIN ; *Contrats conc. consom.* 1994, n° 159, L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1994. 603, J. MESTRE ; *D.* 1995. 90, D. MAZEAUD. V. F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, p. 717.

créancier que le *potentior* joue d'une attitude déloyale afin d'exercer la prérogative de sanction. Il ne s'agit pas, alors, de réclamer l'exécution de la prestation du débiteur mais de l'empêcher, pour justifier la mise en œuvre d'une sanction unilatérale¹⁷⁵³. L'usage déloyal de la clause résolutoire a déjà pu caractériser une telle attitude. C'est le cas du bailleur qui adresse une mise en demeure aux locataires qu'il sait absents et malgré la communication par ces derniers de leurs dates de vacances et de l'adresse où ils peuvent être contactés¹⁷⁵⁴. Dans le même sens, un bailleur qui tente d'exercer une prérogative de résolution unilatérale pour non-paiement de charges locatives alors qu'il n'a pas communiqué le montant de la dette au locataire devrait voir son comportement sanctionné¹⁷⁵⁵. Il en irait ainsi, également, du créancier qui met en œuvre une réduction unilatérale du prix alors qu'il a, par son attitude, contribué à rendre partielle l'exécution de la prestation¹⁷⁵⁶. Le caractère dolosif de ce type de fautes procède de la trahison délibérée de la confiance légitime du cocontractant. Faire obstacle à la réalisation d'une prestation est déloyal en soi, mais lorsque la chose est intentionnelle et vise à profiter de la protection accordée en cas d'inexécution, la roublardise frise la fraude à la loi¹⁷⁵⁷. Comme développé précédemment, la demande en exécution forcée ne peut pas être mise sur le même plan qu'une sanction unilatérale de l'inexécution, car la première consiste en la réalisation de ce qui a été convenu d'un commun accord, tandis que la seconde en est une modification. Il y a là une manœuvre qui ne peut être tolérée par le droit positif. De façon générale, le fait pour le *potentior* de prendre une part active dans la prévision du sujet passif en sachant qu'elle s'en trouvera trahie constitue un type de faute dolosive.

373. Rejet de la prise en compte des manœuvres dolosives du sujet passif pour empêcher l'exercice de la prérogative. Le sujet passif peut mentir ou adopter une attitude dilatoire dans le but de faire obstacle à l'exercice d'une prérogative contractuelle. Que l'on pense, par exemple, au débiteur d'une obligation qui ne cesse d'en promettre l'exécution dans le but d'éviter tant que faire se peut la mise en œuvre d'une résolution unilatérale et ainsi obtenir les bénéfices de la continuation du contrat. L'auteur d'une

¹⁷⁵³ Dans le même sens, Y. PICOD, *D.* 1995. 515, note sous CA Paris 6^e ch. A, 19 juin 1990 : « Dans cet acte de justice privée que constitue la mise en œuvre de la clause résolutoire, le créancier a le devoir de faciliter à son cocontractant l'exécution de ses engagements, faute de quoi il y aurait manquement au principe selon lequel les conventions s'exécutent de bonne foi ». Cité par P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 102, p. 96, note 482.

¹⁷⁵⁴ V. not. Cass. Civ. 3^e, 16 oct. 1973, *op. cit.* ; *Adde* Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 1976, *op. cit.*

¹⁷⁵⁵ V. *supra* n° 365.

¹⁷⁵⁶ Sur la prérogative de réduction unilatérale du prix, V. *supra* n° 209.

¹⁷⁵⁷ La fraude renvoie à « une manipulation des éléments de rattachement d'une situation, destinée à la soustraire à une règle pour la soumettre à une autre », R. LIBCHABER, « Persistance et renouvellement dans l'analyse de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 34-35.

promesse unilatérale de vente, se voyant proposer un contrat plus juteux, peut également agir de sorte que le titulaire du droit d'option hésite trop longuement jusqu'à dépasser le délai de levée de l'option. Le tourment provoqué doit-il pour autant caractériser une faute de déloyauté, sinon dans l'exercice de la prérogative contractuelle, du moins liée à la problématique de son non-exercice ? Le doute est permis. La puissance s'accompagne de responsabilité, et celle qui est accordée au *potentior* lui permet de prendre une décision dont lui seul, par conséquent, doit répondre. Il serait alors surprenant, d'imputer au sujet passif un choix qui n'est pas le sien, quand bien même il l'aurait influencé. En outre, intégrer cette possibilité dans le droit positif risquerait de permettre à un *potentior* mal avisé de faire peser sur le sujet passif sa propre négligence. La puissance dont dispose le titulaire de la prérogative implique qu'il est le seul à devoir en répondre. Sauf hypothèse de fraude, le non-exercice de la prérogative ne devrait pas pouvoir être imputé au sujet passif.

Un cas particulier doit être envisagé concernant les situations d'adhésion. Lorsque les qualités de partie forte au contrat et de sujet passif sont réunies en un seul corps, on peut redouter que ce contractant manœuvre pour dissuader la partie faible-*potentior* de mettre en œuvre son droit. Dans ce cas, le déséquilibre factuel qui irrigue l'ensemble de cette relation ne produit pas seulement des conséquences au stade de la formation du contrat mais aussi au moment de son exécution. L'hypothèse se conçoit aisément concernant les prérogatives de rétractation¹⁷⁵⁸, en particulier en droit de la consommation. L'asymétrie de connaissances pourrait en être la cause. Par exemple, la partie forte agirait de façon à dissuader la partie faible d'exercer son droit de repentir, en laissant entendre que le délai prévu pour ce faire n'est pas contraignant. Ce type d'allégations renvoie aux pratiques commerciales trompeuses détaillées aux articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation. Ce n'est qu'à titre de palliatif que la déloyauté méthodologique serait alors mobilisée en l'absence de dispositions équivalentes en droit commun ; preuve supplémentaire de la pertinence de la création d'un régime commun aux situations d'adhésion sous l'égide des règles appropriées et déjà éprouvées du droit de la consommation.

¹⁷⁵⁸ Ce cas de figure peut être rapproché d'autres règles légales. Par exemple, le délai de rétractation continue de courir tant que la partie forte n'a pas respecté le formalisme destiné à informer la partie faible de son droit (en matière d'assurances sur la vie, V. art. L. 132-5-1 et 132-5-2 C. ass.). De même, le prêteur d'un crédit à la consommation ne peut débloquent les fonds qu'à l'expiration du délai de rétractation (art. L. 312-25 C. conso.). La règle peut s'expliquer par la volonté du législateur d'assurer la liberté décisionnelle du *potentior*.

b) L'inaction dolosive du *potentior*

374. **Réticence dolosive.** De même que la jurisprudence, suivie par le législateur, a élevé la réticence dolosive au rang des manœuvres éponymes¹⁷⁵⁹, son équivalent au stade de l'exécution du contrat doit trouver à s'appliquer. Le caractère dolosif réside, comme en matière de manœuvres, dans l'intention de son auteur. En revanche, le comportement sanctionné est une inaction. La déloyauté procède alors de l'hypocrisie du *potentior* dont l'attitude consiste à suggérer, par son silence, une prévision chez son cocontractant. Il tait ainsi la réalité de ses intentions¹⁷⁶⁰, or le laisser-croire n'est pas permis¹⁷⁶¹. Par exemple, la rupture du contrat après avoir entretenu l'apparence de sa continuation est déloyale, si bien qu'il ne faut pas « choisir le silence à la réception d'une lettre du concessionnaire qui, de son côté, tire des plans sur la comète contractuelle »¹⁷⁶². La dimension dolosive ressort particulièrement de ce cas d'espèce : « chose remarquable, [la faute] est admis[e] même si la résiliation de la convention respecte le préavis contractuel, ce qui nous semble montrer que le problème n'est pas à proprement parler dans l'exercice du droit mais seulement parallèle à celui-ci »¹⁷⁶³. Il n'était pas question d'une simple incohérence mais de l'organisation muette d'une trahison des prévisions du concessionnaire. Comme pour l'écrivain de Sartre, le bénéficiaire de la prérogative s'engage autant par ses paroles que par ses silences¹⁷⁶⁴.

375. **Abstention dolosive.** L'hypocrisie est toute aussi patente dans des cas où le titulaire de la prérogative adopte un comportement d'abstention sans pour autant favoriser la croyance erronée de son cocontractant. Par-delà le silence gardé, donc, la passivité peut se révéler particulièrement malhonnête. Le propos est plus éloquent lorsqu'on se souvient de ce bailleur qui s'était délibérément abstenu de communiquer à ses locataires les reçus afférents à chaque paiement partiel et les quittances correspondant à l'apurement définitif de chaque terme du loyer qu'ils lui réclamaient. Son refus était dans le but de les voir privés du bénéfice

¹⁷⁵⁹ Art. 1137, al. 2 C. civ. ; Cass. Civ. 3^e, 15 janv. 1971, *Bull. civ.* III, n° 38 ; *RTD civ.* 1971. 893, LOUSSOUARN.

¹⁷⁶⁰ Étymologiquement, la réticence renvoie à un silence obstiné et renouvelé (le préfixe *re* évoque la répétition et *taceo*, *ere* signifie « se taire »). V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 310.

¹⁷⁶¹ Cass. Com. 5 oct. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 181 ; *D.* 2005. 2843, B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP G.* 2005.I.114, M. CHAGNY ; *RDC* 2005. 288, P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2005. 127, J. MESTRE et B. FAGES ; *Contrats Conc. Consom.* 2005, n° 1, L. LEVENEUR. En l'espèce, la Cour de cassation a censuré les juges d'appels pour ne pas avoir suffisamment établi que le concédant avait laissé croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi avant d'être résilié.

¹⁷⁶² J. MESTRE et B. FAGES, *RTD civ.* 2001. 137, note sous Cass. Com. 23 mai 2000, n° 97-10.553.

¹⁷⁶³ *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ J.-P. SARTRE, *Situations II*, 1948 : « L'écrivain est une situation dans son époque : chaque parole a des retentissements. Chaque silence aussi. ».

de leurs allocations logements et, par conséquent, de provoquer l'inexécution du paiement des loyers à venir¹⁷⁶⁵. Délivrer des quittances de loyers étant une obligation légale¹⁷⁶⁶, considérer que le bailleur va s'y soumettre s'annonce comme une prévision des plus légitimes pour les locataires. Sa trahison est alors contraire au devoir de bonne foi. La finalité visée par de tels agissements s'avère en outre déloyale, en raison de la contradiction avec la confiance générées par le contrat¹⁷⁶⁷. L'exercice de la clause résolutoire à cette occasion ne pourrait être autre chose qu'une faute dolosive, tant l'attitude est perverse.

En conclusion, les fautes dolosives de déloyauté dans l'exercice d'une prérogative contractuelle relèvent de l'adoption délibérée d'un comportement contradictoire avec les prévisions légitimes des parties, lesquelles sont nées ou ont été favorisées par les agissements ou les abstentions du *potentior*. La déloyauté s'émancipe, cependant, de l'intention. Des fautes simples peuvent être observées.

2) Les fautes simples

376. ***Venire contra factum proprium***. La contradiction au détriment d'autrui est une application stricte du principe de cohérence. Sa consécration est davantage processuelle et laisse à désirer en droit substantiel¹⁷⁶⁸. Son application par le prisme de la bonne foi comportementale paraît cependant entérinée. Elle ne suppose pas d'intention de la part de son auteur, ce qui lui ôte tout caractère dolosif¹⁷⁶⁹. C'est le manque de décence ou l'absence d'égards pour le sujet passif qui est sanctionné : le *potentior* fait naître une prévision chez celui-ci qu'il désavoue ensuite, à un moment ou d'une manière qui heurte sa situation. On peut résumer cette faute comme « le produit du cumul de deux attitudes raisonnables mais contradictoires »¹⁷⁷⁰, ce qui n'ôte pas son appartenance à la catégorie des fautes de mauvaise foi. Peu importe que, prises indépendamment, ces attitudes ne caractérisent pas une déloyauté

¹⁷⁶⁵ CA Paris, 6^e ch. A, 19 juin 1990, *D.* 1991. 515, Y. PICOD (citation) ; *RTD civ.* 1992. 92, J. MESTRE.

¹⁷⁶⁶ Art. 21 de la loi du 6 juil. 1989, *op. cit.*

¹⁷⁶⁷ V. *infra*, n° 395.

¹⁷⁶⁸ V. D. HOUTCIEFF, « Le principe de cohérence : vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 533. Cass. Civ. 2^e, 15 mars 2018, *Bull. civ.* II, n° 49 : « Mais attendu que la fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions » ; Cass. Civ. 3^e, 28 juin 2018, n° 17-16.693, PB.V. toutefois Cass. Com. 20 sept. 2011, *op. cit.*

¹⁷⁶⁹ Sur l'absence de prise en compte de la psychologie du débiteur en la matière, V. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 881 et s., p. 687 et s.

¹⁷⁷⁰ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 902, p. 699.

pourvu que, réunies, elles heurtent la prévision légitime de celui qui les subit¹⁷⁷¹. En outre, l'article 1104 du Code civil a le mérite de constituer un appui dont les juges usent pour fonder la condamnation d'une contradiction au détriment d'autrui. « Ainsi, réserver cent-cinquante couverts et attendre l'avant-veille du banquet pour annuler est une grossièreté dommageable qui contrarie manifestement l'exigence de bonne foi » indique Monsieur Stoffel-Munck, à propos de l'exercice d'une faculté de dédit insérée, par l'usage, dans un contrat d'hôtellerie et non pourvue d'un délai¹⁷⁷². Les exemples ne manquent pas pour illustrer cet *estoppel* non procédural à la française. Même sans intention caractérisée, le fait d'imposer ou de réclamer à son cocontractant des investissements pour rompre ensuite le contrat sans que ceux-ci aient été amortis constitue une faute simple de déloyauté¹⁷⁷³, sans pour autant que ce critère soit nécessaire à la caractérisation de la mauvaise foi dans le domaine des ruptures de contrat¹⁷⁷⁴. La particularité de ce type de cas repose sur les « investissements spécifiques »¹⁷⁷⁵ réclamés par le créancier au débiteur. Ces investissements se caractérisent par le fait qu'ils « ne sont pas redéployables dans une relation alternative »¹⁷⁷⁶ compte tenu de l'adaptation au produit et des contraintes imposées par le créancier. De la sorte, celui qui a réalisé ces investissements ne peut pas les réutiliser avec un tiers. Or, si en matière de résolution judiciaire, le juge peut rejeter la résolution réclamée par le créancier, la clause résolutoire permet de s'appuyer sur la contradiction au détriment d'autrui pour sanctionner le comportement du créancier dès lors que l'inexécution est sans gravité eu égard à la continuité de la situation contractuelle¹⁷⁷⁷. La

¹⁷⁷¹ Dans le même sens, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 220, p. 197 ; Comp. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 874 et s., p. 682 et s.

¹⁷⁷² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 110, p. 101 ; *Adde* CA Paris, 1^{re} ch. B, 26 nov. 1987, *RTD civ.* 1988. 525, J. MESTRE. Si la réservation d'un nombre important de couverts oblige le restaurateur à de lourds investissements qui rend déloyal l'exercice tardif de la prérogative de rétractation, les juges auraient pu se fonder sur le caractère raisonnable du délai d'exercice, même implicite, rendant son exercice illégal et non pas déloyal. Sur le délai d'exercice, V. *supra*, n° 337.

¹⁷⁷³ En ce sens, Cass. Com. 5 oct. 2004, *op. cit.* ; Cass. Com. 20 janv. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 40 ; *D.* 1998. 413, C. JAMIN ; *D.* 1998. 333, D. FERRIER ; *D.* 1999. 114, D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1998. 675, J. MESTRE. Cass. Com. 7 oct. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 252 ; *D.* 1998. 413, C. JAMIN. Cass. Com. 5 avr. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *Contrats Conc. Consom.* 1994, n° 159, L. LEVENEUR ; *D.* 1995. 69, D. FERRIER ; *RTD civ.* 1994. 604, J. MESTRE.

¹⁷⁷⁴ V. J. MESTRE et B. FAGES, *RTD civ.* 2005. 128, *op. cit.* ; Rapp. Cass. Com. 23 mai 2000, *RTD civ.* 2001.137, J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁷⁷⁵ V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 517, p. 368.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.* *Adde* E. BROUSSEAU, « La sanction adéquate en matière contractuelle », Cycle de conférences « Droit, économie, justice », organisé du 1^{er} mars 2004 au 21 juin 2006 à la Cour de cassation, t. III, *Droit in-situ*, 2004.

¹⁷⁷⁷ V. par ex. le cas d'espèce de l'arrêt Cass. Com. 21 juin 1967, *Bull. civ.* IV, n° 256, cité par T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 517, p. 367 : en l'occurrence, un fabricant a conclu avec une entreprise un contrat par lequel il s'engage à concevoir un nouveau modèle de « métiers circulaires à tisser des bas », dont il doit fournir trois exemplaires dans un délai fixé. Le fabricant livre l'un des exemplaires dans le délai mais garde les deux autres « dans ses ateliers afin de reporter plus aisément sur eux les modifications que la mise au point faite dans l'usine devait entraîner sur le seul appareil remis ». Dans cette hypothèse, l'exercice de

contradiction prend racine dans les investissements réclamés, lesquels laissent croire à la perspective d'une relation contractuelle « tolérante » eu égard aux efforts fournis, mais qui se trouve balayés ensuite par un créancier peu scrupuleux. D'autres hypothèses de fautes simples par contradiction au détriment d'autrui existent. Déjà mentionnés plus avant, l'exercice brutal de la clause résolutoire après des années de passivité concernant le non-paiement d'une rente est de mauvaise foi¹⁷⁷⁸. Il en va de même quand elle est brusquement mise en oeuvre par le concédant après qu'il a toujours consenti des facilités de paiement¹⁷⁷⁹. « L'on peut schématiser les rapports du débiteur et du créancier de la manière suivante. Dans un premier temps, le créancier ne se prévaut pas d'une prérogative contractuelle à l'encontre de son débiteur, ceci pendant une longue période durant laquelle il lui manifeste sa sympathie ou poursuit ses relations commerciales avec lui, conduisant le débiteur à penser qu'il ne l'invoquera pas. Dans un second temps, le créancier prend le parti inverse et réclame brusquement, sans qu'aucun motif légitime ait pu le laisser prévoir, l'avantage dont il s'était jusqu'alors désintéressé »¹⁷⁸⁰. Ainsi, la brutalité est souvent l'expression de la contradiction au détriment du sujet passif. Toutefois, l'incohérence n'est pas le monopole du créancier à l'occasion de l'exercice de ses prérogatives de sanctions. C'est également le cas de celui qui rompt l'essai et le contrat sans s'être donné la possibilité d'apprécier le produit¹⁷⁸¹, ou du mandant qui révoque de façon brutale et intempestive son mandataire¹⁷⁸². La reconnaissance de la contradiction au détriment d'autrui comme faute de déloyauté pose néanmoins une question : en droit, n'est-il pas possible de changer d'avis ? La réponse se doit d'être négative, sauf à priver le contrat de toute possibilité d'adaptation par les parties au cours de son existence. Toutes les inconstances ne peuvent être brandies, « à peine d'être sinon attentatoire à la liberté de se raviser »¹⁷⁸³. La tolérance d'un créancier ne doit pas non plus lui porter préjudice sauf, cette fois, à priver les parties de toute possibilité d'indulgence et d'aménité¹⁷⁸⁴. Rappelons cet arrêt dans lequel la

la clause résolutoire alors que le fabricant a réalisé des investissements spécifiques constituerait une contradiction à son détriment.

¹⁷⁷⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 8 avr. 1987, *op. cit.*

¹⁷⁷⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 25 mars 1991, *op. cit.*

¹⁷⁸⁰ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 880, p. 686.

¹⁷⁸¹ Un arrêt l'a reconnu à propos de la clause d'essai insérée dans un contrat de travail, ce qui permet de supposer qu'il en irait de même concernant une vente à l'essai. V. Cass. Soc. 2 fév. 1994, n° 90-43.836, cité par P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 103, p. 96, note 487.

¹⁷⁸² Cass. Civ. 1^{re}, 2 mai 1984, *Bull. civ. I*, n° 143. Pour un rappel du principe, Cass. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, n° 00-15.519 ; *RTD com.* 2003. 561, B. BOULOC.

¹⁷⁸³ D. HOUTCIEFF, « Le principe de cohérence : vingt ans après », *op. cit.*, n° 8, p. 538.

¹⁷⁸⁴ La tolérance a pu être définie comme « une abstention volontaire, de la part du titulaire d'une prérogative [juridique] de droit public ou de droit privé, en face d'une atteinte qu'il pourrait faire sanctionner », par F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volontés abdicatives*, *op. cit.*, n° 191, p. 164. *Adde* D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 893, p. 694.

première Chambre civile reprochait aux juges du fond de ne pas s'être interrogés sur l'éventuelle mauvaise foi d'un créancier dont le seul tort avait été de laisser à son débiteur plusieurs années de répit pour s'acquitter de son dû, ce qu'il n'avait pu faire que partiellement¹⁷⁸⁵. En définitive, commentait Monsieur Denis Mazeaud, « la morale de cet arrêt est pour le moins surprenante. Est, en effet, susceptible d'être considéré de mauvaise foi le créancier qui, après avoir fait preuve d'indulgence, de patience et de tolérance envers son débiteur, s'avisera brusquement, le fourbe, de lui réclamer son dû ! Comprenez qui pourra... »¹⁷⁸⁶. En ce sens, les motifs du non-exercice du droit peuvent être examinés pour jauger l'éventuelle contradiction qui découle ensuite de son exercice et il faut que, du revirement, émane une contradiction flagrante¹⁷⁸⁷. La casuistique est reine dans ce domaine et doit le rester ; toute tentative de systématisation trop rigide aboutirait à des résultats contraires au bon sens¹⁷⁸⁸. Il revient au juge d'évaluer si l'attitude adoptée antérieurement pouvait laisser supposer que le non-exercice devait être interprété par le sujet passif comme une situation pérenne¹⁷⁸⁹. L'évolution comportementale n'est donc pas interdite, et c'est par l'examen de sa temporalité qu'une limite se fait jour. « Un même individu peut donc adopter deux attitudes contraires, à la condition que s'écoule entre elles un temps suffisant, une manière de délai raisonnable [...] ce délai est celui qui s'écoule entre les signes donnés par le créancier de son désintérêt de ses droits et son revirement. [...] Plus précisément, une fois les deux attitudes du créancier isolées, le juge devra décider si leur succession chronologique est suffisamment rapide pour en déduire une contradiction »¹⁷⁹⁰. Cette description, faite à propos du comportement d'un créancier, vaut également pour l'attitude du titulaire d'une prérogative contractuelle. Une précision s'impose : le délai ici scruté entre les deux attitudes contradictoires du *potentior* ne correspond pas au délai de préavis, destiné à permettre au sujet

¹⁷⁸⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 57 ; *D.* 1995. 230, D. MAZEAUD ; *D.* 1995. 389, C. JAMIN ; *RTD civ.* 1995. 683, J. MESTRE ; *RDI* 1995. 367, P. DELEBECQUE.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ V. H. BARBIER, *RTD civ.* 2018. 398, note sous Cass. Com. 10 janv. 2018, n° 16-21.949.

¹⁷⁸⁸ Rapp. C. PERELMAN, *Éthique et droit, op. cit.*, p. 371 : le juge, comme le théoricien, doit se garder de « se lancer dans des simplifications outrancières concernant aussi bien le contenu des règles que leur application à des situations concrètes. Il verra alors que les divers principes que les philosophes ont présentés comme la norme suprême en éthique ne sont en réalité que des *lieux communs*, dans le sens de la rhétorique classique, qu'ils fournissent des raisons dont il y a lieu de tenir compte dans chaque situation concrète plutôt que des axiomes, comme ceux de géométrie, dont les conséquences pratiques pourraient être tirées par voie de simple déduction. Le raisonnement pratique, applicable à la morale, ne doit pas s'inspirer du modèle mathématique, inapplicable en l'occurrence, mais de la vertu, caractérisée par la mesure et la prise en considération d'aspirations diverses et d'intérêts multiples, qualifiée de *phronèsis* (prudence) par Aristote, et qui s'est manifesté si brillamment en droit dans la *jurisprudentia* des Romains ».

¹⁷⁸⁹ Par exemple, le fait pour un concédant « d'annoncer à ses concessionnaires la sortie de 18 nouveaux modèles » ne suffit pas à créer la croyance légitime d'un maintien du contrat et ne rend pas abusive la rupture quelque temps après. Cass. Com. 7 avr. 2004, n° 02-15.287.

¹⁷⁹⁰ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle, op. cit.*, n° 904, p. 699-700.

passif de se préparer à la future modification une fois qu'il sait de façon certaine qu'elle va survenir¹⁷⁹¹. En outre, la limite de la prescription ne joue pas en matière de prérogatives contractuelles, si bien que la pirouette du bénéficiaire de la prérogative n'a pas à être appréhendée par ce prisme¹⁷⁹². Ainsi, pour « caractériser la brutalité de la volte-face, [...] encore faut-il que le [*potentior*] ait, par son attitude, accrédité l'idée qu'il n'exercerait pas ses droits »¹⁷⁹³. Le juge devra alors établir si cette idée repose sur une renonciation temporaire ou définitive du droit, la seconde option écartant *de facto* la déloyauté puisqu'elle a pour effet de sortir le droit du patrimoine de son bénéficiaire¹⁷⁹⁴. C'est donc l'examen de cette volonté, souvent tacite, qui permet au juge, notamment par le contrôle des motifs de l'attitude adoptée par le *potentior*, d'établir une faute par contradiction au détriment du sujet passif. Celle-ci n'est pas la seule faute simple qui peut être reprochée au bénéficiaire de la prérogative. De façon générale, l'indifférence à l'égard du sujet passif peut constituer une trahison de ses prévisions légitimes.

377. Le non-exercice déloyal. « On peut abuser sans user », remarque Monsieur Barbier, c'est-à-dire que « le titulaire de la prérogative unilatérale se refuse purement et simplement à l'exercer, faisant preuve d'une inertie de nature à bloquer un projet suspendu à sa volonté »¹⁷⁹⁵. La faute est autonome des autres hypothèses identifiées dans la mesure où « l'attentisme du détenteur [du] droit qui se refuse à l'exercer risque, non pas de dégrader sa propre situation, mais celle de son cocontractant »¹⁷⁹⁶. Il n'y a généralement pas d'intention délibérée caractérisée dans ce comportement mais une paresse dommageable pour le sujet passif¹⁷⁹⁷. L'hypothèse s'est illustrée dans un arrêt de la Chambre commerciale en date du 6

¹⁷⁹¹ Sur le délai de préavis, V. *infra*, n° 429. Dans le même sens, la stigmatisation de la rupture brutale des relations commerciales établies par l'article L. 442-1, II du Code de commerce fait référence au délai de préavis, et non à la contradiction au détriment d'autrui. La disposition précise en effet que cette attitude est caractérisée « en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels ».

¹⁷⁹² Pour une proposition qui vise à suspendre la prescription quand le créancier réalise des démarches amiables à l'égard du débiteur afin de recouvrer sa créance, V. A. BENABENT, « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007. 1800.

¹⁷⁹³ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 908, p. 701.

¹⁷⁹⁴ Sur la renonciation définitive du *potentior* à la prérogative, V. *supra*, n° 335.

¹⁷⁹⁵ H. BARBIER, « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », *RTD civ.* 2019. 325.

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*

¹⁷⁹⁷ Par exemple, les motifs du pourvoi de l'arrêt du 6 fév. 2019 (*op. cit.*) font état d'un état dépressif prolongé du *potentior*. Si l'attentisme se révélait volontaire, la faute serait certes dolosive mais *a priori* fondée sur une déloyauté de type téléologique puisqu'animée par un but. Comp. Cass. Com. 23 sept. 2014, n° 13-18.938 ; *RTD civ.* 2015. 123, H. BARBIER : En l'espèce, « l'avenant à un contrat de concession en cours stipulait qu'afin de préparer la succession du dirigeant de la société concessionnaire, cette dernière devait présenter au concédant un successeur « acceptable » dans un délai de dix-huit mois. Le concédant, sans doute désireux de choisir lui-même son futur concessionnaire plutôt que de simplement agréer celui présenté par son concessionnaire, mais

février 2019¹⁷⁹⁸. L'associé d'une société en nom collectif détenant la moitié des parts entend les céder, de sorte qu'il en informe le second associé, détenteur d'un droit d'agrément. Durant plusieurs années, des courriers lui sont envoyés par l'intermédiaire d'un mandataire, qui lui proposent de rencontrer plusieurs cessionnaires potentiels ainsi que le rachat préférentiel des titres, le tout assorti de délais. Rien n'y fait. Des attestations fournies par les candidats cessionnaires certifient qu'ils n'ont pu, malgré leurs démarches, présenter leur projet au *potentior*. Le coassocié manifeste son désintérêt jusqu'à la procédure d'appel (six ans après la première notification qui lui avait été adressée) au cours de laquelle il exprime sa volonté de se porter acquéreur. La cession aboutit, ce qui n'empêche pas les juges de cassation d'admettre que le titulaire du droit d'agrément s'est fautivement abstenu d'exercer son droit. Dans le même sens, la troisième Chambre civile a eu l'occasion de censurer une cour d'appel pour n'avoir pas répondu aux conclusions du mandataire liquidateur de la société locataire, « soutenant qu'à tout le moins, la réponse tardive du bailleur à la demande d'agrément [dans le cadre de la cession du droit au bail] avait fait perdre à la société une chance de trouver un autre cessionnaire »¹⁷⁹⁹. Bien que cette solution n'ait pas la clarté de la décision de la Chambre commerciale, le principe reste le même : le non-usage pendant un temps prolongé peut constituer une faute lorsqu'il met en péril le sujet passif. Néanmoins, cette faute n'est pas toujours possible, ce qui rend ses occurrences plus exceptionnelles. Il faut, d'une part, que le sujet passif soit tributaire de l'exercice, ou du moins dans une situation d'attente. L'hypothèse du non-exercice de la prérogative de choix contenue dans l'obligation alternative en constitue un autre exemple. Ce n'est pas le cas, en revanche, des prérogatives d'extinction de la situation contractuelle par exemple. Il faut, d'autre part, que la loi ou le contrat n'aient pas prévu la possibilité d'un attentisme. À l'inverse, il arrive que la disposition fixe un délai d'exercice au-delà duquel la prérogative est transférée ou perdue. Le régime légal de l'obligation alternative prévoit un changement de *potentior* lorsque la prérogative n'est pas exercée « dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable »¹⁸⁰⁰. Pour sa part, l'associé-cédant d'une société anonyme est immunisé contre cette inconfortable position grâce à

conscient de ce qu'un refus abusif d'agrément pourrait lui être reproché, s'employa à saper les propositions de reprise en amont de l'exercice de son droit d'agrément. Sans jamais refuser son agrément, il découragea un à un les tiers repreneurs [...] La cour d'appel est approuvée par la Cour de cassation d'avoir déduit de ces éléments que le concédant "en dehors de tout impératif tenant à la sauvegarde de ses intérêts commerciaux, plutôt que refuser son agrément aux candidats repreneurs, les avait malicieusement mis en position de devoir renoncer à leurs projets, avait agi de mauvaise foi et engagé sa responsabilité" ».

¹⁷⁹⁸ Cass. Com. 6 fév. 2019, n° 17-20.112, *op. cit.* ; D. 2019. 568, A. TADROS ; *Rev. soc.* 2019. 326, I. BEINEX ; *RTD civ.* 2019. 325, H. BARBIER, *op. cit.*

¹⁷⁹⁹ Cass. Civ. 3^e, 12 juil. 2018, n° 17-19.467.

¹⁸⁰⁰ Art. 1307-1 al. 2 C. civ.

l'article L. 228-24, alinéa 1^{er} du Code commerce qui impose un délai de trois mois sous peine de voir l'agrément acquis¹⁸⁰¹. Il en va de même pour l'associé d'une société à responsabilité limitée en vertu de l'article L. 223-14, alinéa 2, du même code. Le délai d'exercice enrayer l'hypothèse d'un attentisme forcené du *potentior*, entraînant pour le sujet passif une situation de blocage dont il ne peut s'extraire. Sa généralisation pour une durée raisonnable a été proposée afin d'empêcher ce type de déloyauté. Elle est bienvenue pour les prérogatives dont l'exercice est nécessaire à l'exécution du contrat¹⁸⁰².

En conclusion, l'attitude déloyale adoptée lors de l'exercice de la prérogative contractuelle peut prendre de multiples visages. Le choix d'une classification fondée sur le critère intentionnel de la faute permet leur hiérarchisation et oriente, comme nous le verrons, les possibilités de sanctions offertes au sujet passif. Leur étude a, en outre, permis de deviner les liens que la déloyauté méthodologique entretient avec la déloyauté téléologique. Si la seconde peut exister indépendamment de la première, fautes méthodologiques et téléologiques sont souvent agencées, comme *moyen* servant une *fin*. La mauvaise foi de type téléologique doit, à ce titre, être analysée.

§2. La mauvaise foi de type téléologique

378. La mauvaise de type téléologique renvoie au but que poursuit le contractant lorsqu'il met en œuvre son droit. C'est une contradiction entre la finalité de l'existence de la prérogative, c'est-à-dire la raison pour laquelle elle a été accordée à son titulaire, et la finalité de son exercice, c'est-à-dire la raison pour laquelle son titulaire la met en œuvre. À cet égard, la différence de nature entre l'obligation et la prérogative justifie une différence de traitement encore plus marquée que dans le domaine des fautes de type méthodologique. L'hypothèse d'un écart entre la lettre et l'esprit d'un droit ne mobilise pas les mêmes techniques quand il s'agit de l'une ou de l'autre. La mauvaise foi par détournement de finalité est l'apanage de la prérogative contractuelle. Le droit de créance n'est pas concerné (A). La raison d'être de la prérogative n'est pas toujours identifiable ni même unique. Il est possible, cependant, de dresser la liste des finalités dont la poursuite réalise nécessairement une rupture par rapport à la confiance accordée et aux prévisions qui en découlent. Ces finalités sont « négatives », au

¹⁸⁰¹ En ce sens, H. BARBIER, *op. cit* et A. TADROS, *op. cit*.

¹⁸⁰² V. *supra*, n° 339.

sens où les poursuivre place nécessairement le *potentior* hors du droit. Il s'agit alors des fautes de mauvaise foi téléologique (B).

A. Rejet de la mauvaise foi téléologique en matière obligationnelle

379. Depuis Cicéron, le conflit entre la lettre et l'esprit d'un droit est reconnu¹⁸⁰³. Néanmoins, le moyen à employer pour le régler ne relève pas de l'évidence en matière contractuelle. La question suppose d'accorder une valeur à ce qui n'a pas été dit par les parties par rapport à ce qui a été formulé. Deux techniques peuvent être mobilisées. L'interprétation et la bonne foi ont beaucoup en commun : elles ne sont pas dénuées d'équité et peuvent avoir un effet supplétif. La première connaît cependant une limite que l'autre n'a pas. L'interprétation permet de reformuler ce qui a été mal exprimé, tandis que la bonne foi permet d'ajouter ce qui n'a jamais été proféré. Dans la recherche de la finalité d'un droit – présumé à l'examen de son détournement – la différence est de taille. C'est que l'interprétation est une technique de spécification de la volonté commune des parties, quand la loyauté téléologique est un outil de lutte contre l'arbitraire. Puisque l'exercice du droit de créance est la réalisation de ce qui a été prévu par consensus, il faut se référer à cette volonté commune. Cela suppose d'accepter les limites de son inexistence avérée. Par conséquent, la déloyauté téléologique n'est pas une technique pertinente pour contrôler l'exercice du droit de créance (1). Le juge doit se contenter de la méthode de l'interprétation des clauses. Cet aspect explique la solution retenue dans l'arrêt *Les Maréchaux* à propos du traitement de l'obligation de garantie de passif (2).

1) Le caractère inapproprié de la mauvaise foi téléologique en matière obligationnelle

380. **L'impossible détournement de finalité des obligations principales du contrat.** La déloyauté téléologique suppose un détournement de finalité du droit, c'est-à-dire un écart entre la raison d'être du droit et la raison de son exercice. Cela n'est possible que pour les droits dont la finalité est extrinsèque. À l'inverse, d'autres droits « portent en eux-

¹⁸⁰³ CICERON, *De officiis*, Livre I, 10, 33, trad. M. Testard, éd. Les Belles Lettres, 1965, coll. Budé, cité par P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 634, p. 467 ; Adde A. SERIAUX, « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD civ.* 1993. 789, spéc. p. 797.

mêmes leur propre finalité »¹⁸⁰⁴. Il y a là une incapacité pratique à exercer le droit hors de son esprit. C'est que « certains droits n'ont pas de fonction qui se comprenne au regard du bon avancement de l'opération, ils en constituent non une modalité mais l'essence même »¹⁸⁰⁵. C'est le cas des « prestations caractéristiques » ou « obligations essentielles » de la situation contractuelle. Monsieur Stoffel-Munck les nomme « droits contractuels dominants » par opposition aux « droits servants » : les droits dominants constituent l'aboutissement même de l'opération contractuelle tandis que les droits servants y contribuent de façon indirecte, ce qui leur confère une finalité qui leur est propre : une finalité extrinsèque¹⁸⁰⁶. Dans le contrat de bail, par exemple, le paiement des loyers et la mise à disposition du bien n'ont pas de visées extérieures, leur justification est de l'essence du bail. Dans le même sens, il n'est pas possible de trouver un but extérieur au paiement du prix et à la délivrance de la chose dans la vente : c'est le propre de la vente. Ainsi, les obligations essentielles du contrat s'analysent en droits dominants, pour lesquels le détournement de finalité n'est pas envisageable. Toutefois, le contenu obligationnel du contrat n'est pas constitué uniquement de ces obligations principales. Il est fréquent d'observer des obligations secondaires, qui revêtent alors un caractère servant.

381. Rejet de la mauvaise foi téléologique dans l'exercice d'un droit de créance servant. Le rejet de la déloyauté téléologique en matière d'obligation secondaire ne procède pas d'une impossibilité matérielle, au contraire des obligations principales du contrat, mais d'un choix de politique juridique. Ainsi, les obligations de sécurité, de non-concurrence, de renégociation ou encore de garantie de passif, bien qu'elles s'apparentent généralement à des modalités de l'opération, ne sont pas susceptibles d'être neutralisées à moins que, de leur rédaction, ressortent quelques ambiguïtés. À l'inverse, l'exercice de la prérogative contractuelle doit pouvoir être paralysé lorsqu'il est contraire à son esprit,

¹⁸⁰⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.* n° 673, p. 492.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ Un arrêt ancien semblait suggérer que l'intention de nuire pouvait être imputée à un bailleur qui, après avoir refusé le congé anticipé à son locataire, réclamait le paiement des loyers, V. Cass. Civ. 3, 22 fév. 1968, *Labaune c/ Ménard* ; D. 1968. 607, P. MALAURIE ; *RTD civ.* 1968. 735, G. CORNU ; *JCP G* 1969.II.15735, P. SIMLER. En l'espèce, le locataire avait été muté un mois après la reconduction du bail. Pour autant, la Cour réfute la décision des juges d'appel pour défaut de base légale, le jugement n'ayant pas étayé sa solution par des éléments propres à caractériser l'intention de nuire en l'espèce. On peut s'interroger sur la rhétorique utilisée par la Cour de cassation dans cet arrêt : comment caractériser l'intention malicieuse dans la réclamation du paiement d'une obligation principale (les loyers) dans la mesure où l'obligation réciproque était correctement et loyalement exécutée ? C'est dire qu'un intérêt légitime et sérieux vient toujours étayer une telle prétention. Le comportement du bailleur n'est pas arrangeant mais il ne paraît pas pour autant malhonnête. La modification des règles du congé opérée par la loi du 6 juillet 1989 a permis de remédier à ces situations par le biais d'une réduction du délai de préavis (art. 12 et 15).

indépendamment de la clarté de son libellé. C'est là une différence majeure qu'il convient de justifier : comment expliquer que le contrôle de l'exercice d'une obligation, même secondaire (c'est-à-dire en dépit de son caractère « servant »), soit hors du champ de la mauvaise foi téléologique ? Il serait fallacieux de prétendre que ces droits de créance sont insusceptibles d'être exercés hors de leur esprit. L'exemple de l'obligation de non-concurrence est suffisamment éloquent sur ce point, qui oblige les juges et le législateur à subordonner sa validité à l'intérêt légitime et sérieux de l'entreprise¹⁸⁰⁷. Il n'y a donc pas d'impossibilité pratique ou technique pour un créancier à exiger l'exécution de sa créance en la détournant de sa finalité. En réalité, limiter le contrôle de l'exercice d'un droit de créance à l'interprétation de sa lettre s'explique par la nature des droits en cause. Il faut, pour le comprendre, comparer la technique de l'interprétation au contrôle de la bonne foi. Bien que seule cette dernière puisse aboutir à une sanction, il y a une proximité de raisonnements entre la recherche de la volonté commune des parties sur le fondement des articles 1188 et suivants du Code civil et le contrôle de la loyauté téléologique d'un droit contractuel. En matière d'interprétation et comme pour la déloyauté téléologique, il peut s'agir de scruter une distorsion entre la lettre et l'esprit. Une distinction importante tient à la limite posée par l'article 1192, qui empêche d'interpréter une clause claire et précise à peine de dénaturation. La déloyauté téléologique ne connaît pas cette réserve. De la sorte, restreindre au seul mécanisme de l'interprétation le contrôle de la conformité de l'exercice d'une obligation secondaire à son esprit revient à leur appliquer la limite de la dénaturation, garante de la volonté commune des parties. La déloyauté téléologique s'affranchit, pour sa part, de la recherche de volonté commune¹⁸⁰⁸. Contrairement à la prérogative contractuelle, l'exécution de l'obligation est la matérialisation de ce qui a été prévu par la volonté commune. En d'autres termes, l'obligation est un système fermé : l'exercice du droit de créance n'est que la réalisation de ce qui a été décrété par consensus. Le consensus, et seulement lui, doit prévaloir pour décider de la finalité de la demande en exécution de l'obligation. Ce n'est donc qu'en se fondant sur la recherche de cette volonté commune, soit l'interprétation, qu'un contrôle de conformité de l'exercice du

¹⁸⁰⁷ Aux limitations cumulatives spatiale et temporelle (Cass. Soc. 10 juil. 2002, *Bull. civ.* V, n° 239 ; *D.* 2002. 2491, Y. SERRA. Cass. Com. 12 fév. 2013, n° 12-13.726 ; *D.* 2013. 2812, M. GOMY) se sont ajoutées, au rang des conditions de validité de la clause de non-concurrence, sa justification et sa proportionnalité par rapport aux intérêts légitimes du créancier (Cass. Soc. 14 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 309 ; *JCP G.* 1992.II.21889, J. AMIEL-DONAT ; *D.* 1992. 350, Y. SERRA. Cass. Com. 14 nov. 1995 n° 93-16.299 ; *D.* 1997. 59, D. FERRIER. Cass. Com. 23 sept. 2014 n° 13-20.454 ; *Contrats, conc., consom.* 2014 n° 268, M. MALAURIE-VIGNAL. Cass. Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, *Bull. civ.* I, n° 273 ; *Contrats, conc., consom.* 2005 n° 41, L. LEVENEUR).

¹⁸⁰⁸ Nous verrons qu'il ne suffit pas que la lettre de la clause soit claire et précise au regard du détournement de finalité de la prérogative contractuelle. D'ailleurs, ce type de déloyauté concerne également l'exercice de prérogatives contractuelles d'origine légale. V. *Infra*, n° 392 et s.

droit à son esprit peut être opéré. Refuser la limite de la dénaturation dans l'interprétation de la finalité des droits de créance ne serait pas seulement statuer *contra legem*, ni même s'exonérer de la volonté commune comme repère d'interprétation. Ce serait aussi remettre en cause la stabilité de toutes les opérations contractuelles. La viabilité d'un système de droit au sein duquel une créance peut être paralysée si le juge estime que son paiement n'est pas conforme à son « esprit » indépendamment de la volonté des parties serait très précaire. La déloyauté téléologique ne doit jouer que lorsque le droit évince, par sa nature, le consensus, c'est-à-dire lorsque son exercice ne s'analyse pas comme la réalisation exacte de ce qui a été organisé par la volonté commune des parties. Ce faisant, l'interprétation est le seul outil à disposition du juge pour s'assurer que la mise en œuvre du droit de créance n'est pas contraire aux conditions d'exercice que les parties ont voulu ériger.

2) *Le recours à l'interprétation en matière obligationnelle*

382. Réunion de la bonne foi et de l'interprétation : la recherche des prévisions raisonnables. Si la bonne foi est impuissante face à la parole extériorisée des parties par son absence d'un quelconque effet suppressif, elle peut avoir pour rôle de faire produire des effets au silence des parties. Cela revient à empêcher l'une d'elles de jouer sur les ambiguïtés d'une omission malheureuse ou d'un mutisme calculé. Ce principe permet d'investir d'une signification le contenu contractuel non exprimé, en procédant à partir de la volonté déclarée¹⁸⁰⁹. Dans cette optique, le lien entre bonne foi et interprétation du contrat apparaît¹⁸¹⁰. Cet aspect, déjà présent dans la *bonæ fidei* romaine¹⁸¹¹, s'avère particulièrement prégnant en droit allemand et en droit anglais¹⁸¹². En France, les auteurs classiques ont

¹⁸⁰⁹ Tout « silence contractuel » ne doit pas être investi d'une signification ; celle-ci ne peut être trouvée qu'en procédant par induction avec, pour postulat, ce que les parties ont exprimé.

¹⁸¹⁰ V. « Bonne foi », E. ZOLLER, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. ; B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, op. cit., n° 569 et s., p. 156 et s. ; A. BENABENT, « Rapport français », op. cit., p. 294.

¹⁸¹¹ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 468.

¹⁸¹² Les juges anglais comblent les lacunes du contrat par la technique de l'*implication in fact* ou *in law*. « Le premier consiste à incorporer dans le contrat des clauses au nom de la volonté implicite des contractants, soit que la clause soit “si évidente qu'elle va de soi” soit qu'elle soit nécessaire à la réalisation de l'objet du contrat [...], le second [...] autorise l'incorporation de clauses au nom de l'intérêt général ou du raisonnable », V. P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », op. cit., p. 326. Rapp. G. LYON-CAEN, « L'obligation

longtemps fait de la bonne foi une directive d'interprétation des anciens articles 1156 et suivants du Code Napoléon¹⁸¹³. Si leur dissociation est désormais certaine dans le système français contemporain¹⁸¹⁴, une convergence continue d'exister¹⁸¹⁵. L'association entre les deux notions repose sur l'idée que « l'imprécision d'une clause équivaut à l'absence de mention »¹⁸¹⁶. Il y a, cependant, un écart entre l'interprétation, propre au domaine de la subjectivité et de l'individu, et la loyauté, qui procède d'une dimension sociale et relève de l'objectivité. Toutefois, l'écart est plus théorique que pratique. La recherche de la volonté subjective des parties repose souvent sur une fiction. Le juge est contraint de procéder par une induction du raisonnable dans la volonté supposément interprétée, comme en dispose l'alinéa second de l'article 1188 du Code civil. C'est alors par le recours à la communauté d'intention que l'objectivité refait surface¹⁸¹⁷. Dans le même sens, l'article 1190 dispose que, en cas de doute, le contrat de gré à gré s'interprète en faveur du débiteur et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a « proposé »¹⁸¹⁸. La disposition revient à prendre en compte la position contractuelle d'une partie (ou qualité du contractant) pour que le juge estime ce que celle-ci a légitimement pu croire à l'aune de son propre intérêt. Batiffol explique que « la prétendue recherche de l'intention implicite des parties, dont se colorent toujours les motifs des arrêts, est un leurre [...] En réalité, les tribunaux recherchent quelle est la solution raisonnable du différend, étant donné les stipulations existantes. Les Anglais appellent très justement cette opération “*construction*”. Il ne s'agit pas de retrouver une volonté inexistante, mais de dire le juste et le raisonnable étant donné la situation créée »¹⁸¹⁹. C'est que l'interprétation « n'est pas exempte de considérations d'équité »¹⁸²⁰. Il en va de même lorsque la Cour, au visa de la bonne

implicite », *Arch. philo. dr.* t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 109 : « le contrat opère non seulement pour ce qu'il dit expressément, mais aussi pour ce que, raisonnablement, on espère qu'il dira, donc ce qui est implicite ».

¹⁸¹³ P. LE TOURNEAU et M. POULMAREDE, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », *in Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 69 et s. ; Adde J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration des articles 1156 à 1164 du code civil », *in Mél. J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 179.

¹⁸¹⁴ Dans le droit international et communautaire en revanche, la bonne foi fait figure de directive d'interprétation du contrat, V. not. *Terminologie contractuelle commune*, coord. B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 224 ; P. LE TOURNEAU et M. POULMAREDE, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », *in Répertoire de droit civil*, *op. cit.*, n° 71.

¹⁸¹⁵ En ce sens, l'interprétation « complétive » qui « permet d'incorporer dans le contrat les suites qui sont données à l'obligation d'après sa nature » est liée au concept d'attentes légitimes des contractants. V. P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *op. cit.*, p. 326.

¹⁸¹⁶ V. Cass. Civ. 1^{re}, 30 janv. 2019, n° 18-10.796 ; D. 2019. 1033, A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE.

¹⁸¹⁷ En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1062 : « On oublie trop souvent que cette exigence de la communauté d'intention introduit [...] un élément d'objectivité » ; A. BENABENT, « Rapport français », *op. cit.*, spéc. p. 292.

¹⁸¹⁸ Sur ce dernier point et les difficultés qu'il soulève, V. A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « L'interprétation du contrat d'adhésion », *op. cit.*

¹⁸¹⁹ H. BATIFFOL, « La crise du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 17.

¹⁸²⁰ L. AYNES, « Bonne foi », *op. cit.*, p. 1109.

foi, affirme l'existence d'une obligation tacite de non-concurrence ou d'un devoir de coopération, ou qu'elle évalue le mode d'exercice d'un droit inscrit dans le contenu contractuel. Les obligations complétives « protègent le lien contractuel »¹⁸²¹ en exprimant ce qu'il contient *nécessairement*. Ainsi, le processus de l'interprétation fondée sur l'autonomie de la volonté laisse place à une méthode objective bien connue du droit germanique et la croyance légitime se substitue implicitement à la volonté réelle¹⁸²². C'est en cela qu'une confluence entre les deux règles est notable : ce que l'on n'a pas dit ou mal dit dans le contrat implique pour le juge de faire intervenir l'image du contractant raisonnable. Le corollaire est identique : la bonne exécution d'une clause obscure, de même que celle du contenu contractuel non exprimé, renvoie à ce à quoi le cocontractant pouvait raisonnablement s'attendre. Ces règles forment un ensemble cohérent, destiné à protéger les prévisions légitimes des parties au sein d'un acte lui-même décrit comme un acte de prévision. « Chaque fois qu'un droit ou un pouvoir quelconque, même discrétionnaire, est accordé à une autorité, ou à une personne de droit privé, ce droit ou ce pouvoir sera sanctionné s'il s'exerce d'une façon déraisonnable. Cet usage inadmissible du droit sera qualifié techniquement de façons variées comme abus de droit, comme excès ou détournement de pouvoir, comme iniquité ou mauvaise foi »¹⁸²³. En effet, le raisonnable – qu'on le place dans la volonté ou dans le comportement – est recherché parce qu'il permet une anticipation de l'avenir. Plus précisément, il permet à autrui de déterminer sa propre conduite, en toute confiance. D'ailleurs, l'article 1 :302 des Principes du droit européen du contrat dispose que « doit être tenu pour raisonnable au sens des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel ». Il s'agit, dans tous les cas, de ne pas trahir la confiance du cocontractant, à la mesure de ce à quoi il pouvait légitimement s'attendre¹⁸²⁴. En ce sens, bonne foi et interprétation du contrat sont intimement

¹⁸²¹ S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, op. cit., n° 396, p. 272

¹⁸²² V. « Bonne foi », E. ZOLLER, in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit. ; V. § 157 et §242 BGB.

¹⁸²³ C. PERELMAN, *Éthique et droit*, op. cit., spéc. p. 517, et p. 526 : « Alors que les notions de “raison” et de “rationalité” se rattachent à des critères bien connus de la tradition philosophique, tels que les idées de vérité, de cohérence et d'efficacité, le raisonnable et le déraisonnable sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement inacceptable ».

¹⁸²⁴ En ce sens, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 234 et s., p. 205 et s. ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, op. cit., n° 554, p. 299 ; S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats...*, op. cit., n° 155 et s., p. 131 et s. ; L. AYNES, « L'obligation de loyauté », op. cit., spéc. p. 197 ; V. égal. en droit allemand et japonais, B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats...*, op. cit., n° 315, p. 86.

liées à la recherche des prévisions légitimes pour les parties et, loin de s'opposer au principe de force obligatoire, permettent sa pleine réalisation¹⁸²⁵.

Comme en matière d'interprétation, le forçage du contrat sous l'égide de la bonne foi repose sur la recherche d'une volonté commune supposément raisonnable. En ce sens, une confusion apparaît entre les deux mécanismes dans le but de sanctionner un créancier malhonnête. Pourtant, la substitution de la technique de l'interprétation par celle de la bonne foi se révèle inadaptée et nocive, en cela qu'elle prive la règle de loyauté contractuelle de sa rigueur et partant de sa justesse.

383. Dissociation de la bonne foi et de l'interprétation comme techniques répondant à des objectifs distincts. En dépit de ces ressemblances, il existe une différence importante qui fait de l'interprétation et de la loyauté deux mécanismes distincts. L'interprétation s'appuie sur la volonté commune, tandis que la bonne foi, en principe, s'attache au comportement d'une partie, par essence unilatéral. Hormis les cas particuliers pour lesquels la loi impose une manifestation expresse¹⁸²⁶, « la volonté des parties n'a pas à être explicite : elle peut être déduite de tel ou tel élément extérieur »¹⁸²⁷. Dès lors, « au-delà des stipulations de la convention, les éléments pratiques – tel le comportement des parties – peuvent être utilisés en tant que révélateurs de l'intention des parties »¹⁸²⁸. L'attitude d'un contractant peut ainsi participer du processus d'interprétation mais le « jugement de valeur »¹⁸²⁹ qu'on porte sur cette attitude est autre chose. En matière de loyauté et contrairement à la technique de l'interprétation, « il ne s'agit pas de savoir à *quoi* les parties sont tenues, mais *comment* elles exécutent ce dont elles sont tenues »¹⁸³⁰. Il ne s'agit pas, normalement, de faire naître un droit nouveau mais de réguler l'exercice de droits préexistants. En ce sens, la mauvaise foi est une sanction propre à l'unilatéralisme, tandis que l'interprétation relève du consensus. À cet égard, l'effet additif conféré à la bonne foi par la jurisprudence relève

¹⁸²⁵ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 9, p. 17 : « Nous pensons que la bonne foi n'est ni inférieure, ni supérieure à la volonté des parties : l'alinéa 1 et l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil ne sont pas antinomiques, mais complémentaires ».

¹⁸²⁶ V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 445 : la volonté manifeste est exigée en matière de clause résolutoire (art. 1225 C. civ. ; Cass. Civ. 1^{re}, 17 mai 1954, *Gaz. Pal.*, 1954.II.82 ; *RTD civ.* 1954. 666, J. CARBONNIER), de novation (art. 1330 C. civ. ; Cass. Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, *Bull. civ.* I, n° 345, *D.* 1998. 549, C. CARON), de solidarité passive en matière civile (art. 1310 C. civ. ; Cass. Civ. 21 janv. 1924, *S.* 1924.I.169, H. VIALLETON), de subrogation personnelle (art. 1346-1 al. 2 C. civ.), de délégation parfaite (art. 1337 al. 1 C. civ.), et de renonciation.

¹⁸²⁷ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 449.

¹⁸²⁸ D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 664.

¹⁸²⁹ Expression de P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*

¹⁸³⁰ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 86, p. 85.

davantage du mécanisme d'interprétation de la volonté commune implicite des parties au jour de la conclusion du contrat. Contrairement aux obligations précontractuelles d'information ou de renseignement qui sont, elles, issues du principe de loyauté, le constat d'une obligation de non-concurrence implicite dans un contrat de franchise au stade de son exécution procède d'une induction fondée sur sa logique : il s'apparente à l'idée sous-jacente qu'en concluant ce contrat, les parties ont communément entendu interdire toute concurrence¹⁸³¹. L'obligation supposément inexécutée n'existe que parce qu'on identifie une correspondance entre l'esprit du contrat et sa stipulation tacite. Lorsque le juge dit sanctionner la déloyauté du franchisé, il interprète en réalité la volonté commune et tacite des parties (ou de contractants raisonnables) lors de la conclusion du contrat. La découverte d'obligations complétives sous l'égide de la bonne foi s'avère donc plus conforme à la technique de l'interprétation contractuelle. La modification de l'article 1135 ancien du Code civil, non dans son contenu mais dans sa numérotation, dénote peut-être un sentiment identique chez le législateur, qui tendrait à remettre en cause de façon définitive l'analogie historique entre les anciens articles 1134 et 1135. Le doute est néanmoins permis, le nouvel article 1194 n'ayant pas pris place au sein du chapitre relatif à l'interprétation du contrat mais dans celui, plus trouble, accordé à la force obligatoire. Par-delà les obligations complétives, il faut s'interroger sur les rapports entre la technique de l'interprétation et celle de la loyauté au regard de la finalité d'obligations préexistantes dans le contrat. À cet égard, il est heureux que les deux mécanismes conservent leurs différences et leurs domaines d'application respectifs. L'arrêt du 10 juillet 2007 en constitue une illustration probante.

384. L'arrêt du 10 juillet 2007. L'affaire *Les Maréchaux* illustre la confusion entre la déloyauté et l'interprétation. En l'espèce, les juges du fond entendaient priver le cessionnaire de sa créance de garantie de passif au motif qu'il avait participé à l'apparition de ce passif fiscal antérieurement au contrat de cession. Si l'intention est compréhensible, le fondement de la déloyauté se révélait inadapté. Il ne s'agissait nullement d'un jugement de son comportement lors de la réclamation de sa créance. Le problème ne résidait pas dans le comportement durant l'exercice du droit de créance mais dans le fait même de cette créance au regard des conditions – mal stipulées – de son existence. Il s'agissait finalement de se demander ce que les parties avaient réellement entendu prévoir par cette clause de garantie de passif. Si la clause de garantie de passif avait précisé que les trois cédants n'étaient tenus que

¹⁸³¹ Cass. Com. 14 nov. 2018, *op. cit.*

des dettes nées antérieurement à la cession d'un fait non imputable à la gestion du cessionnaire¹⁸³², dirigeant et principal actionnaire, le litige n'aurait jamais eu lieu. Le débat portait sur la raison d'être de cette obligation et s'appuyait, en réalité, sur le libellé de son fait générateur. L'interprétation était donc la technique adéquate : il était possible de soutenir que les parties n'avaient pas raisonnablement pu orienter leur volonté commune sur une imputation du passif à la charge du cédant alors qu'il était né du fait du cessionnaire¹⁸³³. Les cédants le savaient pourtant, ils n'auraient pas obtenu gain de cause. La règle *interpretatio cessat in claris*, désormais consacrée à l'article 1192 du Code civil, les en empêchait¹⁸³⁴. Celle-ci peut être discutée¹⁸³⁵ mais elle ne peut pas être ignorée¹⁸³⁶. Dès lors, il s'agissait de savoir si la clause de garantie de passif était « claire et précise » de sorte que l'interprétation aurait signifié la dénaturation. En particulier, l'absence de clarté devait résider dans la détermination du fait générateur du passif, c'est-à-dire dans les conditions de naissance de la créance. Dans ce cas d'espèce, l'interdiction de la dénaturation constituait la limite infranchissable. Les juges de la cour d'appel de Paris écrivent qu'il était « stipulé que chacun des cédants garantissait le cessionnaire, au prorata de la participation cédée, contre toute diminution de l'actif ou augmentation du passif résultant d'événements à caractère fiscal et/ou social et dont

¹⁸³² La cour d'appel a estimé que le cessionnaire « ne pouvait cependant ignorer que des irrégularités comptables et notamment l'absence de report en comptabilité d'une partie des recettes sont, comme le rappelait l'inspecteur des impôts dans sa réponse aux observations du contribuable (pièce n°8 de l'intimé), "pratiquées de façon courante dans les établissements exploitant une discothèque", a délibérément exposé la société Les Maréchaux aux risques, qui se sont réalisés, de mise en oeuvre de telles pratiques, à l'origine du redressement fiscal aujourd'hui invoqué au titre de la garantie de passif, et de commission "d'un grand nombre d'irrégularités comptables, telles que la non-conservation des justificatifs des caisses, le non-respect des règles de facturation, les compensations des comptes, etc..." ». CA Paris, 14 mars 2006, CT0109

¹⁸³³ En ce sens, L. AYNES, « Bonne foi », *op. cit.*, p. 1109 ; Comp. G. CHANTEPIE, « Contenu du contrat », *in Répert. dr. civ.*, janv. 2018, actu. janv. 2019, spéc. n° 13 : le comblement des lacunes du contrat par le juge peut être « rattaché à l'opération intellectuelle d'interprétation entendue largement » mais « relève de la détermination du contenu obligationnel ».

¹⁸³⁴ La règle a été affirmée pour la première fois relativement à une clause contenue dans un contrat par l'arrêt Cass. Civ. 15 avr. 1872, *Veuve Foucauld*, D. 1872. I. 176 (avant cela pour un testament Cass. Civ. 20 janv. 1868, D. 1868.I.22). V. J. VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G.* 1971.I.2410. Sur la directive d'interprétation, V. A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016. 384, spéc. n° 19.

¹⁸³⁵ V. par ex. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 638, p. 470 : « Ni les principes sous-tendant la force obligatoire du contrat, ni ceux gouvernant son interprétation n'interdisent de régler la puissance formelle d'une clause à la mesure de son esprit. Ils invitent au contraire à adopter une lecture réaliste du contenu du contrat et à prendre d'abord en compte non le sens abstrait que peut isolément revêtir la lettre, mais les éléments concrets qu'ont eu en vue les parties ». Sur l'existence de sous-entendus contractuels, *Ibid.*, n° 652 et s. et 660 et s. ; L'aliénation, composante du consentement, n'a de raison d'être que parce qu'elle est raisonnablement voulue (V. *supra*, n° 33), de sorte que la lettre du contrat, même claire et précise, devrait parfois pouvoir être précisée dans ses conditions de mise en œuvre lorsque son esprit s'impose.

¹⁸³⁶ Contrairement aux autres règles d'interprétation, le contrôle de la dénaturation n'est pas une simple directive d'interprétation mais une véritable interdiction faite au juge, V. G. CHANTEPIE, « Contenu du contrat », *in Répert. dr. civ.*, *op. cit.*, n° 38.

le fait générateur serait antérieur à la date de l'acte de cession »¹⁸³⁷. Les parties n'avaient donc pas ignoré la question du fait générateur de la créance. En outre, les cédants n'ignoraient pas que le cessionnaire avait été le gérant de la société et les risques que cela pouvait entraîner ; *de non vigilantibus non curat praetor*. Ce n'était d'ailleurs pas la première fois que la Cour de cassation refusait l'interprétation d'une clause qui n'était ni obscure ni ambiguë bien que son application produise un résultat inéquitable¹⁸³⁸. Les juges du droit ont interdit au juge du fait d'introduire, au nom de l'intention des parties, des distinctions qu'une clause exempte d'équivoque ne contenait pas¹⁸³⁹. Aussi, l'interprétation aurait laissé place à la dénaturation dans cette affaire. Invoquée comme « truc pour gagner les procès »¹⁸⁴⁰, la bonne foi ne devait pas conduire à la neutralisation de la créance. En censurant les juges du fond, la Cour de cassation délimite le champ d'application de la loyauté eu égard à la finalité des droits.

B. Pertinence de la bonne foi téléologique dans l'exercice des prérogatives contractuelles

385. Une fois distinguée de l'interprétation, la bonne foi téléologique, entendue comme le respect de l'esprit de la prérogative, doit être précisée et justifiée. Sa définition en fait un outil performant pour endiguer l'arbitraire. L'ériger en condition d'exercice de la prérogative contractuelle s'explique par la nature du droit en cause. À l'inverse de l'obligation, la mise en œuvre de la prérogative ne consiste pas seulement en la réalisation de ce qui a été prévue par consensus. Son exercice, à un certain moment, d'une certaine manière et pour un certain but, n'est que la réalisation d'une *possibilité* permise par l'existence de la prérogative dans le contrat. Dès lors, se contenter de la recherche de la volonté commune et de son corollaire, l'interdiction de la dénaturation, ne serait pas opportun. L'incertitude étant de l'essence du droit de décider, la technique de l'interprétation n'est pas suffisante pour contrôler la finalité de l'exercice de la prérogative. Néanmoins, la loyauté téléologique nécessite, en théorie, de pouvoir identifier une finalité pour chaque droit. Cette méthode se heurte à la fonction adaptative des prérogatives contractuelles, qui peuvent conférer à leur titulaire des opportunités variables selon l'évolution des circonstances. Pour une majorité d'entre elles, les

¹⁸³⁷ CA Paris, 14 mars 2006, *op. cit.*

¹⁸³⁸ Cass. Com. 5 fév. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 59 ; D. 1992. 3, J. DERRUPE.

¹⁸³⁹ Cass. Civ. 12 mai 1936, *S.* 1936.I.305 ; Cass. Civ. 1^{re}, 7 janv. 1952, *Bull. civ.* I, n° 6. En ce sens, V. J. BORE, « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972. 249, spéc. n° 27.

¹⁸⁴⁰ P. MALAURIE, *D.* 1996. 518, *op. cit.*

circonscrire à un but précis *a priori* reviendrait à leur ôter tout intérêt. Le raisonnement doit être inversé. Eu égard à la confiance accordée par le fait de contracter, certains desseins peuvent être prohibés *a priori*. C'est donc en se fondant sur la croyance légitime que ces finalités ne seront pas poursuivies par le *potentior* que la bonne foi téléologique peut être caractérisée (1). Ainsi, comprise, ce type de bonne foi peut être systématisé comme le fait de ne pas poursuivre la réalisation de l'une de ces « finalités négatives » dans l'exercice des prérogatives. Ces finalités peuvent être répertoriées, à titre de fautes de déloyauté téléologique. Exercer la prérogative dans le but de nuire au sujet passif, pour contourner l'application d'une règle contraignante ou pour obtenir un avantage que la prérogative n'avait pas vocation à conférer caractérisent des abus (2). L'examen des finalités prohibées incite à s'interroger sur l'existence de prérogatives discrétionnaires. Cette hypothèse est à exclure dans la plupart des cas. Les finalités négatives sont celles qui heurtent nécessairement les prévisions légitimes du sujet passif. Cependant, il existe une exception dans laquelle le droit positif ne doit pas sanctionner le *potentior*. Ce cas survient dans les situations d'adhésion lorsque la partie faible-*potentior* entend résilier le contrat. L'explication procède du risque qu'il y aurait à scruter les raisons qui le motivent (3).

1) *L'esprit des prérogatives contractuelles*

386. **Les droits finalisés.** La notion d'abus, précédemment évoquée, a été utilisée par Josserand¹⁸⁴¹. Sa conception repose sur la finalité sociale des droits subjectifs¹⁸⁴². Si la croyance en un Grand Architecte du droit faisant naître des prérogatives juridiques selon « un plan d'ensemble préconçu »¹⁸⁴³ n'a pas convaincu¹⁸⁴⁴, la recherche de la finalité des droits a perduré¹⁸⁴⁵. Les droits contractuels ont un esprit qui, par-delà leur seule lettre, exprime un but, qui n'est pas social mais circonscrit à l'opération contractuelle. Monsieur Stoffel-Munck, notamment, a développé l'existence d'un type d'abus particulier : l'abus par détournement de finalité des prérogatives contractuelles. Ce faisant, il exprime l'existence de la *ratio stipulationis* des

¹⁸⁴¹ V. *supra*, n° 348.

¹⁸⁴² L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, *op. cit.* Comp. G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit.* 1929. 33.

¹⁸⁴³ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 636, p. 468.

¹⁸⁴⁴ V. toutefois, à propos des droits de préemption accordés aux organismes publics dont la finalité sociale pourrait être reconnue, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, *op. cit.*, n° 430 et s.

¹⁸⁴⁵ V. par ex. Cass. Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-23.909 : La Cour donne raison aux juges d'appel d'avoir rejeté l'abus dans un cas d'espèce où le titulaire du droit litigieux (action en nullité d'un contrat de sous-traitance) « n'apparaissait pas avoir procédé à un détournement de la finalité poursuivie par la loi ».

clauses contractuelles, sans omettre la *ratio legis* des droits contractuels d'origine légale¹⁸⁴⁶. « De la sorte, la convention n'apparaît pas comme une communauté ouverte où les droits que s'octroieraient les parties l'une contre l'autre pourraient servir à tout »¹⁸⁴⁷. Le constat de la finalité des droits contractuels, c'est-à-dire d'une raison d'être du droit, procède de ce que le contrat « est un ordre construit »¹⁸⁴⁸ qui relève d'une cohérence interne. Dès lors, il n'est pas possible de considérer que la stipulation de son contenu est hasardeuse, indifférente à la fonction assignée par les contractants à chaque clause. Il en va de même, *a fortiori*, lorsque l'auteur du droit est le législateur. Les travaux préparatoires ont vocation à exprimer la téléologie des lois lorsque leur lettre ne se suffit pas à elle-même¹⁸⁴⁹. Aussi, écrit Portalis dans l'exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil, « le vertueux chancelier d'Aguesseau disait très bien que la justice n'était pas moins consacrée à la science qu'aux lois, et que la véritable doctrine, qui consiste dans la connaissance de l'esprit des lois, est supérieure à la connaissance des lois mêmes »¹⁸⁵⁰. C'est que « les lois sont des volontés »¹⁸⁵¹, et les volontés – des parties ou du législateur – sont le réceptacle des intérêts que l'on cherche à défendre et qui s'expriment dans la notion de finalité.

Dans cette optique, la loyauté est un outil de lutte contre l'arbitraire. C'est à ce titre que la loyauté téléologique s'impose comme condition d'exercice de la prérogative contractuelle. Contrairement à l'obligation, la prérogative constitue un système ouvert : ce qui a été voulu par consensus est seulement d'ouvrir une possibilité mais cette possibilité en appelle toujours une autre. La modification opérée est le résultat d'une décision à choix multiples. Par exemple, la résiliation du contrat a pu être une modification permise par la volonté commune. Cela ne signifie pas que l'exercice effectif de la prérogative de résiliation par le *potentior* à un certain moment de l'existence du contrat et dans un certain but a été voulu par consensus. La prérogative contractuelle est un mécanisme d'adaptation unilatérale. Il y a une différence notable entre consentir à la possibilité abstraite de la modification et consentir à sa réalisation concrète. En stipulant la prérogative, le sujet passif ne consent qu'à sa possibilité abstraite. Sa réalisation, parce qu'elle est le fruit d'une activité unilatérale, doit être subordonnée au respect de son esprit. Pour autant, toute clause n'est pas affublée d'une finalité identifiée par

¹⁸⁴⁶ *Ibid.* ; P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 636, p. 468.

¹⁸⁴⁷ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.* et *loc. cit.*, n° 674, p. 493.

¹⁸⁴⁸ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.* n° 671, p. 491.

¹⁸⁴⁹ H. CAPITANT, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.* 1935. 77.

¹⁸⁵⁰ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*

les parties. « Il arrive en effet que la discussion précontractuelle bute sur un désaccord insurmontable au sujet d'un point accessoire, et que pour ne pas compromettre la conclusion de l'accord global, les partis admettent de laisser la question dans le flou en adoptant une rédaction volontairement imprécise »¹⁸⁵². Surtout, l'adaptation a pour rôle de permettre au *potentior* de faire face à une diversité innombrable d'hypothèses qui pourraient rendre propice la modification permise. Exiger des parties qu'elles les envisagent toutes serait déraisonnable et contre-productif ; l'utilité du mécanisme réside dans la liberté qu'il accorde à son titulaire. De façon corrélative, sa liberté doit être encadrée par l'outil de lutte contre l'arbitraire qu'est la loyauté téléologique.

387. Le caractère extrinsèque de la finalité des prérogatives contractuelles. L'étude de la déloyauté téléologique au regard des droits de créance a précédemment montré que, pour être caractérisée, le droit devait être « servant » au contrat. En d'autres termes, pour qu'une distorsion entre la finalité de son existence et la finalité de son exercice apparaisse, la finalité de son existence doit être extrinsèque. Les droits dont la finalité est intrinsèque « portent en eux-mêmes leur propre finalité »¹⁸⁵³, si bien qu'il n'est pas possible de s'en détourner. Leurs buts correspondent à l'essence de l'opération contractuelle : ils la définissent. Ce n'est pas le cas des prérogatives contractuelles. Elles s'analysent comme des modalités de l'opération, qu'elles viennent agrémenter. Seul le droit d'option dans la promesse unilatérale de vente fait exception, en ce qu'il définit l'opération prévue par ce contrat. En effet, la promesse tire sa particularité de ce qu'elle n'a pas de « cœur obligationnel » mais seulement un « *bargain* potestatif ». Le droit d'option porte donc en lui-même sa propre finalité, parce qu'il constitue l'aboutissement du contrat qu'il habite. Hormis ce cas, la prérogative contractuelle se caractérise par sa finalité extrinsèque : sa raison d'être ne se comprend pas simplement au regard de son contenu mais au regard de l'opération contractuelle dans sa globalité. Cette première exigence remplie, il faut s'intéresser aux prérogatives dont la finalité est formulée dans la lettre de la clause.

388. Détournement et dépassement de prérogative. L'étude de la finalité des droits contractuels vise l'hypothèse d'un écart entre leur esprit et la raison de leur exercice. Deux cas de figure sont possibles. Le plus souvent, la finalité de la prérogative n'est pas exprimée dans son libellé. C'est parfois le cas, cependant. La clause ou la disposition explicite la

¹⁸⁵² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.* n° 672, p. 492.

¹⁸⁵³ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *loc. cit.* n° 673, p. 492.

finalité du droit accordé au contractant. À ce sujet, « l'indication [...] de la finalité [...] semble écarter la qualification d'abus [par détournement] pour renvoyer l'analyse soit vers la fraude, soit vers l'illicéité immédiate »¹⁸⁵⁴. L'exercice de la prérogative en dehors de la finalité exprimée s'analyse comme un dépassement du droit plus qu'un détournement. Ce serait, par exemple, le cas d'un contrat de location d'entretien d'une installation téléphonique dans lequel les parties stipulent que la prérogative de fixation du prix a vocation à « répercuter l'évolution des coûts liés aux progrès de la technique »¹⁸⁵⁵. La frontière entre dépassement et détournement d'un droit est parfois trouble. En principe, le dépassement signifie un exercice du droit hors des limites que les contractants lui ont imparties. Le détournement suppose, pour sa part, un exercice dans les limites du droit mais détourné de sa finalité. Néanmoins, si la limite posée constitue une condition d'exercice de la prérogative qui exprime sa finalité, le dépassement intègre le détournement du droit. Dans l'hypothèse où la finalité serait nettement exprimée, le juge n'aurait qu'à s'y référer : la condition substantielle de bonne foi est alors formalisée. Ainsi, la distinction entre le détournement et le dépassement de la prérogative se conçoit très bien abstraitement mais, en pratique, elle aboutit à un résultat identique. En outre, il est rare de voir des clauses ainsi rédigées¹⁸⁵⁶. La plupart du temps, la stipulation ou la disposition est muette sur la finalité de la prérogative consacrée.

389. Les prérogatives à finalités positives. La difficulté de l'examen de la loyauté téléologique réside dans la recherche de la finalité de la clause exercée. Il est d'abord possible de considérer qu'il existe une finalité positive pour chaque prérogative contractuelle. Chacune serait conférée au *potentior* dans un but précis et prédéterminé par le droit positif. Cependant, cette conception s'avère difficile à réaliser en pratique. Seul le type de modifications permises par l'exercice des prérogatives est déterminé par avance, mais chercher à identifier la finalité précise de chacune de ces modifications est extravagant. En outre, la prérogative ayant pour fonction de permettre une adaptation en temps voulu du contrat, la tentative pourrait s'avérer considérablement réductrice. Les prérogatives sont des droits qui protègent la situation personnelle de leurs titulaires face à l'opération contractuelle. Ainsi, la possibilité de déterminer précisément le risque contre lequel se prémunit le *potentior* et, par là même, la finalité de la prérogative est peu fréquente. Elle ne concerne qu'une minorité de prérogatives.

¹⁸⁵⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit. n° 679, p. 497.

¹⁸⁵⁵ Rapp. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 748, p. 544.

¹⁸⁵⁶ En revanche, si la clause est équivoque sur la finalité visée, le juge peut interpréter la stipulation ce qui le conduit à déterminer le contenu du droit. Il lui reviendrait de trouver la finalité de la prérogative voulue par les parties.

Dans de rares hypothèses, en effet, il est possible d'ériger une finalité positive de la prérogative. On peut l'exprimer sous l'angle de la « normalisation des fins assignées » aux prérogatives les plus usuelles¹⁸⁵⁷, à défaut d'une finalité spécifique exprimée par les parties. Par exemple, il serait possible de considérer que la prérogative de fixation unilatérale du prix a vocation à permettre l'adéquation du prix à la prestation, lorsque l'évaluation de son coût est difficile en amont. La restriction de la validité de cette prérogative aux contrats cadre et aux contrats de prestation de service peut aller dans le sens de cette conception. Néanmoins, cette finalité manque d'exactitude pour le juge qui aura à statuer sur un éventuel abus. On peut compter parmi les prérogatives à finalité positive la rupture unilatérale du mandat d'intérêt commun. Si la jurisprudence ne va pas jusqu'à énoncer précisément le but qui doit être poursuivi, elle exige un « motif légitime »¹⁸⁵⁸. En cela, elle évince des finalités recevables les mobiles « neutres », c'est-à-dire les mobiles ni objectivement légitimes ni prohibés, qui seraient relatifs à la psychologie du *potentior*. Là encore toutefois, cette affirmation semble insuffisante à permettre d'identifier l'abus de façon systématique. En principe, les prérogatives n'ont pas de fins assignées.

390. Les prérogatives à finalités négatives. La plupart des prérogatives ont vocation à donner au *potentior* un moyen de s'adapter à un large éventail de possibilités qui ne peuvent pas toutes être envisagées. Il en va ainsi de la résiliation unilatérale, de la renonciation *pendante conditione*, ou encore de la clause de modification du volume des commandes, pour ne citer qu'elles. Dans le même sens, la Chambre commerciale a censuré une cour d'appel pour avoir caractérisé l'abus de l'exercice d'une clause d'agrément parce que les motifs avancés par le *potentior* étaient autres que ceux tenant à la personne du candidat à l'agrément¹⁸⁵⁹. Elle affirme par ce biais que le spectre des finalités poursuivies par la mise en œuvre de cette prérogative est plus large que ce qu'on aurait pu supposer. La prérogative peut donc être stipulée pour permettre à son titulaire de parer à de nombreuses éventualités, face à la multitude des changements de circonstances possibles. De ce fait, la détermination d'une finalité positive propre à chaque prérogative contractuelle est une voie qui ne peut pas être empruntée. La bonne foi, on l'a dit, consiste à garantir les prévisions légitimes des

¹⁸⁵⁷ V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 755 et s., p. 550 et s.

¹⁸⁵⁸ Cass. Civ., 13 mai 1885, *op. cit.* Néanmoins, l'absence de cause légitime ne prive pas d'effet la révocation du mandat d'intérêt commun et ouvre seulement droit à réparation. Par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 2 oct. 2001, *Bull. civ.* I, n° 239, *op. cit.*

¹⁸⁵⁹ Cass. Com. 5 oct. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 181, *op. cit.* Comp. Cass. Civ. 3^e, 14 avr. 1982 ; *JCP G.* 1982.IV.217 : la clause d'agrément introduite dans un contrat de bail commercial est licite et permet « au bailleur un contrôle de la régularité de la cession, de la moralité, de la solvabilité et de la compétence de l'acquéreur éventuel ».

contractants. À cet effet, le sujet passif est légitime à prévoir que la prérogative ne sera pas exercée en vue de *certain*s buts. Il ne s'agit donc pas d'établir une finalité positive pour chaque prérogative contractuelle mais de déterminer une liste de finalités négatives, c'est-à-dire interdites. La finalité négative se définit alors comme une raison prohibée d'exercer une prérogative. Cette idée ressort de quelques arrêts de la Cour de la cassation. Elle affirme, par exemple, à propos de la clause d'essai que « si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus »¹⁸⁶⁰. On peut lire ici la reconnaissance de multiples raisons d'exercer la prérogative, sans pour autant nier le fait que certaines sont fallacieuses et par là même inacceptables. Certaines prérogatives sont donc, par nature, insusceptibles de se voir assigner une finalité positive : une faculté de rétractation, même d'origine conventionnelle, ne correspond pas à un but précis qui permettrait de justifier la rétractation. D'ailleurs, une faculté de rétractation insérée dans une vente immobilière précisant qu'elle a pour finalité d'éteindre le contrat en cas de rejet de la demande du prêt de l'acheteur devrait être requalifiée en condition résolutoire. On voit aisément l'intérêt de cette absence de finalité positive, puisque le « juste motif » de la résiliation d'un contrat à durée déterminée, de la renonciation *pendante conditione* ou de la faculté conventionnelle de dédit accordée à un contractant peut résider dans la seule volonté de leur titulaire sans autre but. Ces modes d'extinction ou de consolidation du lien contractuel sont acceptables par le seul fait que leur auteur a changé d'avis, regrette son premier choix, a trouvé mieux, voire parce qu'il s'est lassé. Les raisons qui peuvent motiver l'exercice de ces prérogatives ne sont alors ni bonnes, ni mauvaises ; elles sont neutres. Est-ce à dire qu'elles ne sont pas susceptibles d'exercice abusif ? Assurément non. Il est des hypothèses dans lesquelles les circonstances démontrent que la prérogative n'a pas été exercée de façon loyale. Par exemple, la vente à l'agrée au cours de laquelle l'acquéreur refuse d'agréer le bien sans avoir jamais pu en apprécier les qualités implique le détournement de sa prérogative¹⁸⁶¹. Lorsque l'exercice d'une faculté conventionnelle de dédit par le vendeur a vocation à exercer un chantage sur l'acheteur, l'abus est là aussi reconnu¹⁸⁶². Ce sont là des exemples de finalités négatives. Il importe peu que diverses finalités neutres puissent justifier la mise en œuvre de la

¹⁸⁶⁰ Par ex. Cass. Soc. 6 déc. 1995, *Bull. civ.* V, n° 330.

¹⁸⁶¹ Et ce, quand bien même les parties seraient convenues que l'appréciation des qualités de la chose est à la discrétion de l'acquéreur.

¹⁸⁶² En ce sens, Cass. Civ. 3^e, 11 mai 1976, *D.* 1976. 269, J.-J. TAISNE ; *Defrénois* 1977. 456, J.-L. AUBERT.

prérogative, tant qu'il ne s'agit pas d'une finalité prohibées qui ressort de façon manifeste¹⁸⁶³. En ce sens, la déloyauté téléologique consiste pour le *potentior* à mettre en œuvre son droit dans un but que le sujet passif ou le législateur n'a pas pu permettre, de sorte que la prérogative se trouvera nécessairement détournée de sa ou de ses finalités. Dès lors, une liste des fautes d'incohérence téléologique peut être dressée. Elles correspondent à la prévision légitime du sujet passif de ce que le titulaire de la prérogative n'exercera jamais son droit à de telles fins car cela contredirait nécessairement la confiance accordée par le biais du contrat. L'intention de nuire, le contournement d'une règle contraignante ou la volonté de s'arroger un avantage indu constituent les principales finalités négatives identifiables et connaissent de nombreuses illustrations jurisprudentielles¹⁸⁶⁴.

La réalisation d'une finalité négative peut, par ailleurs, passer par la déloyauté dans la réalisation de la procédure contractuelle. Dans ce cas, ce n'est pas un détournement direct du droit mais un détournement indirect, par le biais d'une formalité¹⁸⁶⁵. Des cas d'espèce célèbres, précédemment rappelés, ont illustré le détournement de finalité d'une formalité précédant l'exercice d'une prérogative. Il peut s'agir, par exemple, d'une mise en demeure volontairement adressée par le bailleur durant l'absence prolongée du locataire en vacances. La mise en demeure a vocation à « offrir une dernière chance de régularisation »¹⁸⁶⁶ au débiteur : elle permet de lui faire connaître les suites possibles de son inexécution, afin qu'il puisse y remédier. Le bailleur, en agissant ainsi, détourne la mise en demeure de sa finalité : elle entérine l'inexécution au lieu d'offrir la possibilité d'une régularisation, si bien que la clause résolutoire sert une finalité négative. Il en tire un avantage indu, puisqu'il se délie de ses liens contractuels sans que l'inexécution ne soit devenue certaine grâce à une mise en demeure efficiente et restée lettre morte. Ainsi, « la mauvaise foi dans les circonstances de mise en œuvre de la clause résolutoire consiste pour le créancier à adresser la mise en demeure dans des conditions telles que son cocontractant ne puisse bénéficier des garanties

¹⁸⁶³ En ce sens, Cass. Com. 7 oct. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 242 ; V. L. MION, « L'abus dans le droit des contrats », *Dr. et patr.* Juin 2000. 42.

¹⁸⁶⁴ V. *infra*, n° 393 et s.

¹⁸⁶⁵ Sur les conditions formelles d'exercice de la prérogative, V. *infra*, n° 409 et s.

¹⁸⁶⁶ G. CORNU, *RTD civ.* 1977. 340, note sous Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 1976, *op. cit.* ; égal. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 881, p. 688.

qui en découlent. Le créancier empêche volontairement le débiteur de se mettre en règle. La défaillance est en quelque sorte téléguidée et la règle morale heurtée de plein fouet »¹⁸⁶⁷.

391. Justification du traitement du détournement de finalité sur le fondement de la condition de bonne foi. La déloyauté téléologique explicitée, son rapprochement avec la déloyauté méthodologique se comprend. Leur réunion sous l'égide de la bonne foi tranche avec l'orthodoxie dans ce domaine. Monsieur Stoffel-Munck écrit que « caractériser l'abus par détournement de finalité ne nécessite pas qu'on porte un jugement de valeur sur la qualité morale du comportement du titulaire du droit. Les deux problèmes appartiennent à deux ordres de réflexions différents : le premier relève d'une approche technique scrutant le contenu du droit, le second relève d'une approche éthique analysant les comportements en cause »¹⁸⁶⁸. L'affirmation ne souffre aucune critique quand le raisonnement se fonde sur une recherche de la finalité positive de la prérogative. En revanche, le constat d'une finalité négative à l'origine de l'exercice de la prérogative hisse la moralité du titulaire du droit et, par là même, l'examen de son comportement, à un rang supérieur de celui du contenu du droit. Mettre en œuvre sa prérogative dans le but de nuire au sujet passif, pour s'arroger un avantage illégitime, ou en vue de contourner une règle qui avait force contraignante s'assimile toujours à une attitude déloyale¹⁸⁶⁹. Ce n'est pas tant parce que le sujet passif ou le législateur n'a pas voulu la réalisation d'un tel but que l'exercice sera de mauvaise foi mais parce que le contrat procède d'une confiance réciproque minimale qui éradique la prévision de ces finalités. Par conséquent, il y a nécessairement de l'indécence morale dans la poursuite d'une finalité négative, comme il y en a dans les fautes de déloyauté méthodologique. Nous verrons d'ailleurs que cette unité se retrouve dans le régime qu'il faut leur appliquer, en particulier à l'égard des sanctions qui peuvent en découler¹⁸⁷⁰.

En outre, il n'est pas rare d'observer dans les cas d'espèce un recoupement des deux types de déloyauté¹⁸⁷¹. Les fautes dolosives du *potentior*, par leur caractère intentionnel, supposent

¹⁸⁶⁷ Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale » *JCP G.* 1990.I.3447, n° 4 et s. ; *Adde* CA Paris, Pôle 01 ch. 03, 19 sept. 2017, *op. cit.* : « La délivrance de mauvaise foi du commandement de payer ne saurait s'apprécier qu'à la date de délivrance de cet acte ou résulter d'agissements fautifs de la part du bailleur à une période contemporaine à celle-ci ».

¹⁸⁶⁸ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 731, p. 534 mais, néanmoins, « s'arc-bouter sur la lettre du droit au détriment de son esprit traduit aussi une attitude déloyale de la part du titulaire du droit » (n° 732).

¹⁸⁶⁹ Rappr. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, *op. cit.*, n° 570, p. 308.

¹⁸⁷⁰ V. *infra*, n° 451 et s., spéc. n° 455.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*

souvent la poursuite d'une finalité négative, par exemple l'obtention d'un avantage indu. Les fautes simples de déloyauté méthodologique ne sont pas exemptes de cette forme de confusion de sentiments. Leur cumul avec une faute de déloyauté téléologique peut ainsi aboutir à une faute dolosive. Est déloyal, par exemple, le fournisseur qui rompt brutalement les relations commerciales pour s'approprier une partie de la clientèle de son cocontractant¹⁸⁷². Il y a là non seulement une faute simple de comportement, qui réside dans la brutalité de la rupture, mais également une faute téléologique puisque celle-ci est destinée s'arroger un avantage indu, en l'occurrence un détournement de clientèle. Il en va également ainsi lorsque le créancier exerce brusquement sa clause résolutoire à la suite d'un différend familial après des années de silence¹⁸⁷³. La contradiction au détriment d'autrui se double d'un motif de vengeance, caractéristique de l'intention malicieuse¹⁸⁷⁴. Cette attitude recoupe donc les deux catégories de fautes de déloyauté. Plus encore, l'intention de nuire peut selon les auteurs être classée dans l'une ou l'autre de ces catégories¹⁸⁷⁵, illustrant ainsi leur proximité. Le choix d'une conception téléologique a, par exemple, été défendu par Josserand¹⁸⁷⁶, quand d'autres, comme Dabin, lui ont préféré la faute de comportement¹⁸⁷⁷. Si la déloyauté téléologique constitue une catégorie de fautes, elle ne mérite donc pas un traitement autonome. Il y a de l'immoralité dans la poursuite d'une finalité négative ; on constate une contradiction avec les prévisions légitimes du sujet passif. Par conséquent, le traitement de la faute téléologique sous l'égide de la loyauté dans l'exercice des prérogatives contractuelles se justifie.

2) Les fautes de mauvaise foi téléologique dans l'exercice de la prérogative contractuelle

392. Comme en matière de fautes de déloyauté méthodologique, une liste des fautes de mauvaise foi téléologique peut être dressée. Ces dernières s'identifient aux finalités répertoriées comme étant « négatives » c'est-à-dire nécessairement contraires aux prévisions légitimes du sujet passif et, à ce titre, prohibées. Leur fondement repose sur la croyance de ce

¹⁸⁷² Cass. Com. 31 mars 1978, *Bull. civ.* IV, n° 102, cité par P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., note 499, p. 99.

¹⁸⁷³ Cass. Civ. 1^{re}, 8 avr. 1987, *loc. cit.* ; « le brusque changement de comportement de [la crédiencielle], seulement dû à des dissensions dans le ménage de [...], avait constitué une situation imprévisible pour les débirentiers empêchés de se mettre en règle dans le délai prévu ». Il en résultait que « la clause résolutoire n'avait pas été invoquée de bonne foi ».

¹⁸⁷⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 43, p. 50.

¹⁸⁷⁵ V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 32, p. 40-41 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, op. cit., n° 122-124.

¹⁸⁷⁶ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, op. cit., n° 268.

¹⁸⁷⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 296. Égal. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 17 et s., p. 28 et s., qui choisit de classer l'intention de nuire parmi les fautes morales du contractant.

qu'elles ne peuvent raisonnablement pas être envisagées comme buts possibles et admissibles de l'exercice de la prérogative. Il faut admettre qu'aucun autre critère ne les rassemble. Les mots de Capitant sont fort utiles au soutien de ce parti pris : « il y a longtemps qu'on dit et avec raison qu'il ne faut pas mettre trop de logique dans la recherche de la solution des problèmes du Droit »¹⁸⁷⁸. L'intention de nuire (a), le contournement d'une règle contraignante pour le *potentior* (b) ainsi que l'obtention d'un avantage indu par la prérogative exercée (c) constituent les trois catégories principales de fautes de déloyauté téléologique.

a) L'intention de nuire

393. Définition de l'intention de nuire. L'intention de nuire est la plus ancienne et la plus consensuelle des manifestations de l'abus¹⁸⁷⁹. Elle est pourtant moins aisée à décrire qu'il y paraît¹⁸⁸⁰. L'altérité est une composante du droit, si bien que sans elle, celui-ci n'aurait pas de raison d'être¹⁸⁸¹. Dès lors, on peut estimer que chaque droit subjectif comporte, par son exercice, une potentialité de nuisance pour autrui. Le droit admet cette nuisance nécessaire par son refus de la sanctionner¹⁸⁸². Le créancier qui exige sa prestation va à l'encontre des intérêts du débiteur ; le *potentior* qui résilie unilatéralement le contrat va à l'encontre de ceux du sujet passif. L'usage malicieux d'un droit ne se résume pas à l'égoïsme de son auteur¹⁸⁸³, pas plus qu'il ne s'appuie sur le caractère excessif du trouble¹⁸⁸⁴. L'intention, est en la matière, le critère cardinal¹⁸⁸⁵. La nuisance peut exister, elle peut même être consciemment réalisée, pourvu qu'elle ne soit pas recherchée. Ce type d'abus repose sur la quête du tourment : par-delà le résultat matériel de la mise en œuvre du droit, le résultat psychologique est poursuivi, un mobile *ad hominem*¹⁸⁸⁶. Par conséquent, l'absence d'avantage à exercer le droit pour son titulaire constitue un élément suffisant mais non nécessaire à la caractérisation d'une telle

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*

¹⁸⁷⁹ CA Colmar, 2 mai 1855, S. 1856.2.9. cité par P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 28, p. 36, note 170.

¹⁸⁸⁰ Sur les origines de la maxime *Malitiis non est indulgendum*, et sa réception aux différentes époques, V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 16 et s., p. 28 et s.

¹⁸⁸¹ V. *supra*, n° 130.

¹⁸⁸² V. Pour une tentative de généralisation de ces phénomènes, J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *RTD civ.* 1995. 533.

¹⁸⁸³ Cass. Civ. 3^e, 12 oct. 1971, *D.* 1972. juris. 210., *op. cit.*

¹⁸⁸⁴ Ce critère est utilisé dans d'autres situations juridiques, par exemple en matière de troubles du voisinage. *Ibid.*

¹⁸⁸⁵ V. toutefois la célèbre critique de Demolombe qui oppose l'impossibilité de « sonder les cœurs » et « l'arbitraire inévitable qui découle de ces appréciations ». C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 12, *Traité des servitudes*, t. 2, Paris, 2^e éd., 1859, n° 649.

¹⁸⁸⁶ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 42 et s., p. 50 et s.

faute. « Malice, malveillance, rancune ou vengeance »¹⁸⁸⁷ instituent l'intention de nuire sans qu'il faille constater la neutralité de l'effet du droit en termes d'intérêts pour son auteur. « L'intention de nuire est ici esprit de haine. Et c'est finalement le mobile qui apparaît comme le critère réellement déterminant de la réaction juridique »¹⁸⁸⁸.

394. L'intention de nuire comme faute téléologique d'exercice de la prérogative. De nombreux auteurs voient dans l'intention de nuire une faute objective de nature comportementale, c'est-à-dire méthodologique¹⁸⁸⁹. Il est toutefois possible de la classer parmi les fautes téléologiques. Ni le législateur, ni les contractants n'octroient de droits, et *a fortiori* de prérogatives contractuelles, pour que le titulaire nuise à autrui. Par-delà la *ratio stipulationis* ou *ratio legis* du droit, la confiance réciproque que suppose la création d'une situation contractuelle oblige à considérer comme un détournement de finalité l'exercice d'un droit contractuel dans un but malveillant. La mise en œuvre d'une prérogative mue par une intention malicieuse est nécessairement un détournement de son esprit que le droit positif ne peut tolérer. En ce sens, l'intention de nuire s'institue comme la première des finalités négatives, assortie d'un caractère dolosif. L'*animus nocendi* est moralement répréhensible mais ce n'est que lorsque des actes réalisent une malfaisance volontaire que la répression devient juridique¹⁸⁹⁰. Le débat sur la nature de la faute d'intention de nuire illustre la complétude entre les moyens et la fin dans l'exercice du droit : il entérine la réunion de ces deux types de fautes sous la bannière de la bonne foi. L'étude de la jurisprudence montre que de nombreux cas mêlent l'intention de nuire à des fautes de nature méthodologique¹⁸⁹¹. Dans ces hypothèses, une faute n'éradique pas l'autre. La première sert de moyen quand la seconde est une fin, ce qui caractérise une mauvaise foi de type complexe¹⁸⁹².

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁸⁹ V. not. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 33, p. 43 : « l'appréhension de la malice est disjointe de l'analyse de la légitimité du droit et c'est seulement la manière dont celui-ci est exercé, "les circonstances" qui l'ont entouré qui doivent être analysées pour voir si une faute de comportement, autrement dénommée abus, en découle ». V. égal. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 727. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations, op. cit.*, n° 226. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique, op. cit.*, n° 110. M. FABRE-MAGNAN, *Droits des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats, op. cit.*, p. 92.

¹⁸⁹⁰ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 45, p. 51.

¹⁸⁹¹ La réunion des deux types de fautes a d'ailleurs pu être exprimée de manière explicite. V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1992, n° 91-11.682 : « Attendu que les juges du fond qui ont analysé les circonstances dans lesquelles la clinique des Charmilles avait fait connaître son refus d'agrément ainsi que la mise en œuvre des modalités d'exercice du droit d'agrément et qui en ont déduit que ce droit avait été détourné de sa finalité naturelle et exercé d'une manière déloyale ont, sans encourir le grief du moyen, caractérisé l'abus de l'exercice de ce droit ».

¹⁸⁹² Sur les sanctions, V. *infra*, n° 451 et s.

395. **La mise en œuvre de la prérogative contractuelle dans l'intention de nuire.** Des arrêts mentionnés dans les développements relatifs à la faute strictement comportementale méritent d'être rappelés dans ce propos. Ainsi, l'arrêt du 8 avril 1987¹⁸⁹³ a permis de caractériser une déloyauté méthodologique par la brutalité de l'exercice de la clause résolutoire. Le paiement d'une rente viagère jamais réclamée auparavant était en cause. La troisième Chambre civile fait remarquer dans son attendu que le brusque changement d'attitude s'explique par des dissensions d'ordre affectif. Une finalité vengeresse ressort de l'espèce, si bien que l'intention malicieuse se révèle insidieusement. La brutalité de la mise en œuvre se cumule avec la finalité de la mise en œuvre. D'autres prérogatives ont pu être utilisées à titre de représailles, par exemple dans ce cas d'exercice d'une faculté de dédit pour punir les acheteurs d'avoir refusé de payer une somme complémentaire que le contrat ne prévoyait pas¹⁸⁹⁴. D'autres cas d'espèce qui manifestent une intention de nuire sont, à l'inverse, dénués de faute comportementale. Bien que l'article 1717 du Code civil admette la clause qui soumet la possibilité pour le preneur de céder ou sous-louer son bail à l'agrément du bailleur, « a toujours été réservé le cas pathologique où le bailleur retiendrait son agrément dans la pure intention de nuire »¹⁸⁹⁵. La même hypothèse peut être envisagée lorsque l'agrément est refusé dans le but de nuire à un coassocié désireux de céder ses parts sociales¹⁸⁹⁶. Caractériser l'intention de nuire en matière de fixation ou de modification unilatérale du prix est aussi possible, quand la somme fixée est destinée à organiser la faillite du cocontractant par exemple¹⁸⁹⁷. L'énumération de ces exemples montre que la prérogative n'est pas exempte de mise en œuvre dans un but malicieux, or cette faute doit être réprimée. L'intention malicieuse n'est pas la finalité la plus couramment poursuivie, toutefois. Il est rare qu'une partie agisse dans le seul but de causer du tort ; le plus souvent, elle cherche à satisfaire un intérêt illégitime.

¹⁸⁹³ Cass. Civ. 3^e, 8 avr. 1987, *Bull. civ.* III, n° 88, *loc. cit.* : « Mais attendu que la cour d'appel a retenu, d'une part, qu'en s'abstenant de réclamer pendant plus de dix ans la rente aux débirentiers, [le crédientier], puis après le décès de celui-ci, sa femme, les deux époux ayant des relations particulières d'affection avec [la débirentière], sœur de lait du [crédientier], avaient accrédité chez les [débirentiers] la conviction que la rente ne leur serait jamais réclamée, d'autre part, que le brusque changement de comportement de [la crédientière], seulement dû à des dissensions dans le ménage de la fille de la [débirentière], avait constitué une situation imprévisible pour les débirentiers, empêchés de se mettre en règle dans le délai prévu ».

¹⁸⁹⁴ Cass. Civ. 3^e, 11 mai 1976, *D.* 1978. 269, *op. cit.*

¹⁸⁹⁵ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 34, p. 44.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.* V. par ex. CA Paris, 7 avr. 1995 ; *Rev. soc.* 1995. 771, Y. GUYON. L'arrêt est toutefois discutable en ce qu'il oppose l'abus à l'intérêt social (en ce sens, Y. GUYON, note précitée). L'intérêt individuel de l'associé *potentior*, dès lors qu'il est légitime, ne devrait pas s'opposer à l'exercice de bonne foi de la clause d'agrément.

¹⁸⁹⁷ L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *in Rep. civ. Dalloz, op. cit.*, n° 87. Sur la prérogative de fixation unilatérale du prix, V. *infra*, n° 401.

b) Le contournement d'une règle contraignante pour les parties

396. La prérogative n'a pas vocation à permettre à son titulaire de se dérober au droit positif. La confiance réciproque entre les parties implique la prévision légitime de ce qu'un droit ne sera pas détourné pour échapper à la force contraignante d'une autre règle. Il importe peu que cette dernière soit le fruit de la volonté des parties ou que sa valeur se situe à un rang supra-contractuel. La mise en œuvre d'une prérogative afin de se soustraire à une règle s'avère être un usage fallacieux du droit et constitue toujours une finalité prohibée.

397. **Le contournement d'une règle contractuelle.** Il est arrivé qu'un contractant, fort de son ingéniosité, utilise une prérogative contractuelle pour se dégager de la force obligatoire d'une autre stipulation. La jurisprudence *Ovalis* en constitue une illustration frappante¹⁸⁹⁸. En l'espèce, deux prérogatives étaient stipulées dans un contrat entre un fournisseur d'œufs et un distributeur. Le distributeur exerce la première, une prérogative de résiliation unilatérale dont le préavis était de six mois. Immédiatement après la dénonciation du contrat, il met en œuvre la seconde, une prérogative de modification du quantum de l'obligation dont il est créancier. Durant les six derniers mois d'existence du contrat, le volume de commandes d'œufs est 88% inférieur au volume habituel. Les juges de cassation y ont vu une « remise en cause de l'équilibre du contrat » qu'ils qualifient de « brutale et unilatérale ». En réalité, la qualification adéquate de cette déloyauté est autre. Le distributeur a utilisé sa prérogative de modification du volume des commandes pour se soustraire à la procédure attachée à la résiliation. La finalité de l'exercice de la prérogative avait donc vocation à esquiver la règle du délai de préavis et, ce faisant, s'avère prohibée¹⁸⁹⁹. De manière plus lucide, la même chambre a reconnu l'usage spécieux d'une prérogative de résiliation unilatérale par l'éditeur d'une revue à l'égard de l'imprimeur « en vue de se soustraire à la préférence accordée » à la société d'impression¹⁹⁰⁰. L'exercice de la prérogative qui « reposait sur des griefs inconsistants » avait pour seul but de contourner le droit de préférence sur le point de naître au profit de l'imprimeur en vertu du contrat. Un autre exemple topique de ce type de pratiques déloyales réside dans la jurisprudence relative aux contrats d'assurance sur la vie multi-supports¹⁹⁰¹. Là également, une prérogative contractuelle a pu servir contre une

¹⁸⁹⁸ Cass. Com. 7 oct. 2014, *Bull. civ.* IV, n° 143, *op. cit.*

¹⁸⁹⁹ Pour une « diminution significative du volume de commande pendant la durée du préavis initial », V. aussi Cass. Com. 10 nov. 2009, n° 08-18.337, *D.* 2011. 540, D. FERRIER.

¹⁹⁰⁰ Cass. Com. 19 janv. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 24.

¹⁹⁰¹ Par ex. Cass. Civ. 2, 12 janv. 2017, *op. cit.*

autre. L'assureur dispose d'une prérogative de modification de la liste des supports financiers éligibles à l'arbitrage du souscripteur. Le souscripteur bénéficie d'une prérogative d'arbitrage à cours connu, lui permettant de passer des ordres d'arbitrage à l'assureur entre différents supports sur la base du cours connu de la bourse de la semaine précédente. Parmi les différents supports possibles, certains disposent d'un caractère spéculatif important. L'assureur, tentant de supprimer la prérogative d'arbitrage du contenu contractuel, avait dans un premier temps proposé au souscripteur un avenant qui prévoyait sa renonciation à la clause. Ce dernier ayant refusé, l'assureur diminua la liste des supports éligibles de sorte que les plus spéculatifs furent éliminés. L'abus est reconnu. La Cour de cassation conclut que « l'assureur ne pouvait modifier de manière unilatérale l'offre des supports afin de priver d'une grande partie de son intérêt le jeu de la clause d'arbitrage à cours connu et de limiter ses coûts ». C'est là un autre exemple de tentative de contournement d'une règle contractuelle – la prérogative d'arbitrage en l'occurrence – par l'exercice d'une prérogative, ce qui consacre l'abus dans sa mise en œuvre¹⁹⁰². La prérogative contractuelle n'a jamais pour finalité de contrarier les stipulations contractuelles, de sorte que sa mise en œuvre doit être prohibée lorsqu'elle poursuit un tel but. Autoriser une puissance unilatérale à se dérober de la force obligatoire du contrat serait laisser libre cours à l'arbitraire. Il en va de même lorsque la règle que le *potentior* cherche à éviter est une norme supra-contractuelle.

398. Le contournement d'une règle impérative supra-contractuelle. Il va de soi que la norme mise en danger par l'usage d'une prérogative n'est pas celle, supplétive de volonté, qu'elle a précisément vocation à écarter. Le sujet passif ne peut pas se plaindre d'une faute téléologique parce que l'article 1193 du Code civil est écarté au profit de l'exercice de la prérogative. Dans le même sens, la mise en œuvre de la prérogative d'agrément stipulée dans un bail de droit commun ne peut pas être vue comme le contournement de l'article 1717 alinéa 1^{er} du même code. En revanche, la prérogative peut être frappée d'exercice déloyal lorsqu'elle est exercée pour se soustraire à une norme impérative, par exemple l'interdiction des discriminations portée notamment par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹⁰³. Ainsi, la cour d'appel de Paris juge abusif car discriminatoire le refus

¹⁹⁰² Dans les premiers temps de ce courant jurisprudentiel, la Cour de cassation ne s'était pas appuyée sur le devoir d'exécution de bonne foi du contrat pour condamner l'assureur mais simplement sur un manquement contractuel justifiant une exécution forcée de rétablissement de la liste des supports par équivalent. V. Cass. Civ. 2^e, 7 mai 2009, *op. cit.*

¹⁹⁰³ Il ne s'agit donc pas de la discrimination entendue au sens du droit économique, c'est-à-dire comme « le fait de pratiquer ou d'obtenir à l'égard d'un partenaire économique des prix, des délais de paiement, des conditions

d'agrément par un associé d'une SCM des candidats à la reprise de la clientèle de son coassocié cédant pour l'unique motif que les candidats étaient de sexe masculin¹⁹⁰⁴. L'interdiction des discriminations n'est pas la seule règle susceptible d'être contournée par l'usage d'une prérogative. Vider une obligation essentielle de sa substance en constitue un autre exemple. Si la règle n'est pas inscrite avec autant de clarté, elle apparaît cependant à l'article 1170 du Code civil relativement à la validité des stipulations. Toutefois, l'étude de l'impératif de consentement au contrat a démontré que la sauvegarde de la substance des obligations essentielles constituait une norme à part entière, déduite de l'article 1128, 1° du Code civil¹⁹⁰⁵. Par-delà l'appréciation de la validité de la prérogative à cet égard, l'appréciation du comportement de son bénéficiaire doit également faire l'objet d'un contrôle. La mise en œuvre d'une prérogative dans le but de vider une obligation essentielle de sa substance caractérise la tentative de contournement d'une règle supra-contractuelle¹⁹⁰⁶. Les prérogatives permettant de modifier le contenu obligationnel du contrat sont ici concernées¹⁹⁰⁷. Par exemple, le cas d'une obligation facultative dont l'objet de la prestation subsidiaire serait laissé au choix du débiteur pourrait mener à la désintégration de l'obligation. Grossièrement, il en irait ainsi, dans un contrat de vente, de la substitution par le vendeur d'une montre Patek Philippe par une montre Swatch. En outre, la prérogative peut être utilisée pour revenir sur le caractère définitif du consentement donné alors même qu'il ne s'agit pas d'une prérogative de rétractation, ou pour mettre fin au lien contractuel alors même qu'il ne s'agit pas d'une prérogative de résiliation. Cet usage déloyal peut se résumer à une confusion volontaire des prérogatives de rupture qui, on l'a vu, ne sont pas toutes du même genre : l'extinction du lien contractuel ne suffit pas à considérer comme interchangeable les prérogatives de résolution, les prérogatives de rupture pour l'avenir et les prérogatives de repentir. Exercer l'une pour pallier l'absence de l'autre, c'est tenter de contourner une règle qui s'impose aux parties. Comme la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement, la même logique doit être intégrée à la mise en œuvre des prérogatives. Par exemple, la prérogative de résiliation unilatérale de l'article 1211 du Code civil pourrait

de vente ou d'achat différents, sans justification par des contreparties réelles, de ceux négociés avec des concurrents du partenaire, créant de ce fait un désavantage ou un avantage dans la concurrence pour ce dernier ». La règle se trouvait anciennement à l'art. L. 442-6, I, 1 C. com. et a été supprimée par la loi du 4 août 2008 ; V. le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2008. V. not. F. BUY, « Les discriminations dans les relations commerciales », in *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁹⁰⁴ CA Paris 23 avr. 1998, ch. 5 sect. B, *Layoux c/ Sauviat*, Juris-Data 1998-021193.

¹⁹⁰⁵ V. *supra*, n° 250 et s.

¹⁹⁰⁶ V. en ce sens égal. A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, spéc. n° 25-26.

¹⁹⁰⁷ V. *supra*, n° 197 et s.

être exercée très peu de temps après la conclusion du contrat. Sa mise en œuvre aurait alors pour finalité de pallier le défaut de faculté de dédit. En ce sens, introduire un délai qui impose une durée minimale aux contrats à durée indéterminée, en particulier lorsque des investissements ont été réalisés par le sujet passif, s'avère souhaitable¹⁹⁰⁸. Même en l'absence de prérogatives de rupture pour l'avenir, l'atteinte à l'intégrité du consentement est toujours possible. Ce pourrait être le cas lorsque le quantum de l'objet de la prestation caractéristique est drastiquement diminué par le créancier-*potentior*. Il y a là une atteinte à la substance de l'obligation essentielle du sujet passif qui se répercute sur celle du *potentior*, si bien que le contrat pourrait être réduit à néant sans même user d'une prérogative de rupture. D'autres règles, nombreuses, moins diffuses et moins caractéristiques de l'essence du contrat, peuvent encore être écartées par l'exercice d'une prérogative. Le bailleur qui a acquiescé au renouvellement du bail ne peut pas ensuite exercer sa clause résolutoire pour des manquements antérieurs au renouvellement et déjà connus de lui dans le but de se soustraire au paiement de l'indemnité d'éviction¹⁹⁰⁹. Il en va de même de cet acteur qui, usant à mauvais escient de son droit d'agrément, refusait systématiquement tous les scénarii afin de faire échouer le projet pour lequel il s'était engagé et de recouvrer sa disponibilité¹⁹¹⁰. Ainsi, le contournement d'une norme peut être réalisé par la mise en œuvre d'une prérogative, ce qui caractérise la déloyauté de son titulaire. Un cas spécifique doit, à cet égard, être envisagé.

399. La disproportion manifeste dans les prérogatives de sanction. La disproportion manifeste se conçoit classiquement comme une réponse excessive à la survenance d'un changement de circonstances. Ce changement justifie l'adaptation de la situation contractuelle par l'exercice d'une prérogative de sanction. « Notion cardinale du droit communautaire »¹⁹¹¹, la disproportion a fait l'objet d'études récentes en droit privé interne¹⁹¹². Utilisée en matière de clause pénale¹⁹¹³ et d'exception d'inexécution¹⁹¹⁴ dans le

¹⁹⁰⁸ V. *supra*, n° 340.

¹⁹⁰⁹ En ce sens par ex. Cass. Civ. 3, 24 janv. 2019, n° 17-11.010, *AJDI* 2019. 694, J.-P. BLATTER.

¹⁹¹⁰ CA Paris, 30 mai 1961, *D.* 1961. 369, G. LYON-CAEN, cité à plusieurs reprises par P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, par ex. n° 74, p. 76.

¹⁹¹¹ V. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat...*, *op. cit.*, n° 404, p. 321. Adde *L'acquis communautaire : les sanctions de l'inexécution du contrat*, C. AUBERT DE VINCELLES et J. ROHFELD (dir.), Économica, 2006.

¹⁹¹² S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, *op. cit.* ; D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, *op. cit.* ; *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé des contrats ?* Colloque organisé par le Centre de droit privé des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, in *LPA*, 30 sept. 1998, num. spécial.

¹⁹¹³ Art. 1231-5 al. 2 C. civ. ; Cass. Com. 11 fév. 1997, *Bull. civ.* IV n° 47 ; *Contrats conc. consom.*, 1997. 75, L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1997. 654, J. MESTRE ; *Defrénois* 1997. 740, P. DELEBECQUE. La disproportion manifeste

système français, son application aux prérogatives contractuelles de sanction suppose un ajustement. La loi prohibe la disproportion dans le domaine de la résolution unilatérale (article 1226 du Code civil) ainsi qu'en matière de réduction unilatérale du prix (article 1223 du même code). En effet, dans le cas de la résolution par notification, l'exigence de proportionnalité prend racine dans la condition d'existence de la prérogative qui suppose une inexécution d'une suffisante gravité. En matière de réduction unilatérale du prix, la recherche de proportionnalité repose sur le mode de calcul de la révision du prix¹⁹¹⁵. En revanche, l'article 1225 est silencieux sur le régime de la clause résolutoire de plein droit et la jurisprudence a répété à l'envi l'absence de contrôle de proportionnalité dans son exercice¹⁹¹⁶. On sait « l'impérieuse nécessité de préserver l'utilité de la clause résolutoire qui, c'est un truisme serait fortement réduite si son régime venait à être calqué sur celui de la résolution judiciaire »¹⁹¹⁷. Pourtant, l'exercice de cette clause ne doit pas être un objet d'opportunisme pour le créancier. On peut débattre de l'indépendance du contrôle de proportionnalité face à l'exigence de bonne foi¹⁹¹⁸. Il est une hypothèse, en revanche, dans laquelle la disproportion est

s'apprécie en comparant le montant de la peine conventionnellement fixée et celui du préjudice effectivement subi.

¹⁹¹⁴ La gravité de l'inexécution et de ses conséquences est mentionnée aux art. 1219 et 1220 C. civ. Pour une illustration, par ex., Cass. Req. 1^{re} déc. 1897 ; D. 1898.I.289, M. PLANIOL. V D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, op. cit., n° 894, p. 695 : « une compagnie d'éclairage électrique est mal venue à suspendre la fourniture de la lumière à un de ses abonnés, directeur d'un grand hôtel, sous prétexte que celui-ci après avoir payé la majeure partie d'une facture mensuelle très élevée, a soulevé une contestation sur 22 francs ».

¹⁹¹⁵ V. F. CHENEDE, « La réduction du prix », op. cit., n° 11 et s. : l'auteur a analysé le mode de calcul imposé par la disposition. Loin d'être une simple différence de valeur entre ce que la prestation est et ce qu'elle aurait du être – une soustraction par un calcul arithmétique qui correspond au calcul des dommages-intérêts – la réduction proportionnelle devrait être calculée comme une règle de trois. Le prix initialement convenue s'apparente à la valeur de la prestation initialement promise ; le prix que le créancier devra payer après réduction est, lui, corrélé à la valeur de la prestation effectivement fournie. De la sorte, le prix à payer *in fine* est égal au prix initial multiplié par la valeur de la prestation imparfaite et divisé par la valeur de la prestation promise. Monsieur Chénéde montre que les deux méthodes peuvent donner des résultats inversement avantageux selon les choix initiaux des parties et les évolutions du marché. La condition de réduction par calcul de proportionnalité empêche ainsi les créanciers malhonnêtes de privilégier la méthode de calcul qui leur profite le plus.

¹⁹¹⁶ Par ex. Cass. Civ. 3^e, 20 juil. 1989, *Bull. civ.* III, n° 172 ; *RTD civ.* 1990. 75, J. MESTRE ; *Defrénois* 1990. 361, J.-I. AUBERT. Cass. Com. 14 déc. 2004, n° 03-14.380. CA Paris, Pôle 01 ch. 03, 19 sept. 2017, n° 17/02369 : « La cour n'[a] pas à rechercher si l'acquisition de la clause résolutoire de plein droit est disproportionnée ou non à la gravité de la faute contractuelle commise par le preneur ».

¹⁹¹⁷ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 175, p. 251.

¹⁹¹⁸ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat...*, op. cit., n° 412, p. 329. Dans le sens de leur dissociation, V. Cass. Civ. 3^e, 20 juil. 1989, op. cit. : « Mais attendu qu'une clause résolutoire sanctionnant l'inexécution par une partie de ses obligations n'étant pas une clause pénale au sens de l'article 1152 du Code civil, la cour d'appel, devant laquelle la mauvaise foi du bailleur n'était pas invoquée, et qui a relevé qu'après l'expiration du délai imparti par le commandement, les causes de celui-ci n'avaient pas été exécutées, a justement décidé que la clause résolutoire devait être appliquée sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette sanction était proportionnée ou non à la gravité du manquement invoqué ». Comp. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 172, p. 246 : « Notion d'une grande plasticité, la bonne foi aurait pu constituer un moyen solide et fiable de réintroduire de manière générale un contrôle judiciaire de l'opportunité de l'application de la clause résolutoire ». En ce sens égal., D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité,

très sûrement l'expression d'une déloyauté téléologique. La disproportion est si manifeste, alors, que les mobiles de l'exercice doivent être scrutés, parce qu'il devient fort probable que la clause résolutoire soit détournée de sa finalité.

Comme l'explique Madame Jaouen, la disproportion ne permet pas de conférer au juge le pouvoir de contrôler l'équivalence mathématique du contrat dans ce cas. Elle repose sur « l'adéquation des moyens aux fins ». Dès lors, « il ne s'agit nullement de doter le juge d'un moyen de redéfinir après coup l'équilibre contractuel. Il n'est ainsi pas question d'autoriser le juge à paralyser le jeu d'une clause résolutoire toutes les fois où il estime que, dans les mêmes circonstances, il n'aurait pas prononcé la résolution du contrat. Une telle solution, qui ferait peu de cas de la force obligatoire du contrat, réduirait à néant l'intérêt de la stipulation d'une clause résolutoire »¹⁹¹⁹. Dans le même sens, la bonne foi du débiteur dans l'inexécution de ses obligations ne doit pas avoir de prise sur l'appréciation de l'exercice de la prérogative du créancier¹⁹²⁰. La faute de disproportion manifeste prend place au sein des fautes téléologiques¹⁹²¹. De ce fait, la fonction du juge n'est pas de s'assurer de l'exacte congruence entre l'inexécution et la sanction, pas plus que de s'assurer de la perte de l'utilité économique du contrat¹⁹²². Il lui revient seulement le pouvoir de contrôler que le créancier-*potentior* ne détourne pas la prérogative de sorte qu'il substitue au caractère défensif du droit un caractère offensif illégitime par le contournement d'une norme juridique. Le déséquilibre manifeste « entre la riposte de l'*excipiens* et le manquement antérieur »¹⁹²³ est donc sanctionné parce qu'il induit un détournement de la clause par le *potentior*, qui profite d'une digression du débiteur pour se délier de la contrainte d'une autre règle. Par exemple, la clause résolutoire se trouve transformée en une prérogative de rupture pour l'avenir. Le *potentior* cherche ainsi à

fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *op. cit.*, p. 613, qui cite J.-L. Aubert « le rejet de la disproportionnalité s'infère de l'exigence de loyauté [...] La décence, qui doit inspirer le maître du contrat soucieux d'avoir un comportement conforme au civisme contractuel emporte un "principe général de juste mesure" ». Dans l'hypothèse présentée ici, la disproportion manifeste a vocation à réaliser une finalité négative et, par conséquent, s'infère de la bonne foi.

¹⁹¹⁹ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat...*, *op. cit.*, n°423, p. 333. Comp. Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale », *op. cit.*, spéc. n° 9, qui envisage l'émergence d'un devoir de tolérance.

¹⁹²⁰ La jurisprudence a, pendant un temps, entendu subordonner la mise en œuvre de la clause résolutoire à la mauvaise foi du débiteur. Par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 22 juil. 1986, *Bull. civ. I*, n° 223 ; *RTD civ.* 1988. 121, J. MESTRE. Cette conception n'a désormais plus lieu d'être. Par ex. Cass. Civ. 3^e, 10 mars 1993, *D.* 1993. 357, P. BIHR ; *Defrénois* 1994. 347, D. MAZEAUD ; *JCP G.* 1993.I.3725, C. JAMIN ; *RTD civ.* 1994. 100, J. MESTRE. V. sur ce point pour des développements plus approfondis, Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 174, p. 248 et s.

¹⁹²¹ En ce sens égal. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 757 et s., p. 551 et s. ; Rapp. C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, *op. cit.*, n° 24, p. 40

¹⁹²² V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 434 et s., p. 314 et s.

¹⁹²³ O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *Rep. dr. civ.*, juil. 2018, n° 137.

contourner la règle du *mutuus dissensus* en vigueur dans le contrat, ou veut échapper à l'indemnité qui constituait le prix de sa liberté, telle qu'une indemnité d'éviction. Dans la faute téléologique de disproportion manifeste, il ne s'agit pas seulement de répliquer à une grenade par un tir de missiles : il faut aussi que la réaction, par son excès, se révèle une aubaine pour son auteur qui cherche à échapper à la force obligatoire de ses propres engagements. Ainsi, lorsque la riposte est démesurée par rapport à la faute contractuelle, le juge doit contrôler le but de l'exercice du droit. Des auteurs ont rapporté l'exemple de ce contractant qui prétendait « faire jouer la clause résolutoire d'un bail de terrain, en invoquant le non-versement de la redevance annuelle, symbolique, de 1 franc »¹⁹²⁴. La disproportion est alors symptomatique de la recherche d'une fin que la prérogative n'autorisait pas.

En définitive, le *potentior* n'est pas admis à mettre en œuvre la prérogative pour écarter le désavantage que lui cause une autre règle de droit qui s'impose à lui. Inversement, une prérogative ne peut pas non plus être détournée pour obtenir un avantage illégitime qu'elle ne garantissait pas à son titulaire.

c) L'obtention d'un avantage économique indu par la prérogative

400. **L'avantage indu par la prérogative.** Si le juge « ne peut pas donner au juste plus que la loi ne lui donne, il se reconnaît le pouvoir d'enlever au coupable les avantages de la situation juridique que celui-ci avait cru acquérir »¹⁹²⁵. La recherche d'un avantage économique, d'un profit, n'est pas un mal en soi : « faire de la recherche du gain une faute potentielle est incohérent avec notre organisation économique »¹⁹²⁶. Ce constat n'empêche pas de scruter le mode d'obtention du gain. « Le mal est l'ombre du bien » rappelait Philippe Malaurie¹⁹²⁷. En ce sens, l'obtention d'un avantage économique indu par la prérogative constitue une finalité prohibée. Ainsi, la manière d'exercer une prérogative peut révéler un détournement qui a pour but d'obtenir un profit que le droit exercé n'avait pas vocation à conférer, ce qui revient à tromper la confiance légitime que le contractant avait placée dans son titulaire. Il en va ainsi du concédant qui refuse obstinément son agrément aux candidats

¹⁹²⁴ Cass. Civ. 3^e, 6 juin 1984, *Bull. civ.* III, n° 111 ; *RTD civ.* 1988. 147, P. REMY. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 92, p. 89 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 173, p. 247.

¹⁹²⁵ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 159, p. 291.

¹⁹²⁶ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 105, p. 98.

¹⁹²⁷ P. MALAURIE, « L'effet pervers des lois » *Mélanges Cornu*, PUF, 1994, p. 309.

afin d'obtenir *in fine* le bénéfice de la cession¹⁹²⁸. Il en va de même lorsque le concédant saisit l'occasion du décès du président de la société concessionnaire pour exercer sa prérogative de résiliation dans le but réel de restructurer son réseau avec une précipitation excessive et sans faire d'enquête ni demander d'information sur le nouveau président¹⁹²⁹. Par ailleurs, le fournisseur qui rompt brutalement une relation commerciale commet non seulement une faute de déloyauté méthodologique mais également téléologique lorsque la cour d'appel retient que son attitude était déterminée par son intention de récupérer une partie de la clientèle de son cocontractant¹⁹³⁰. Outre ces avantages « en nature », le profit peut résulter d'un détournement dans la mise en œuvre d'une prérogative de fixation unilatérale du prix. Dans ce cas, le profit est illégitime.

401. Le profit illégitime dans la fixation et la modification unilatérale du prix. La prérogative contractuelle est détournée lorsque son titulaire recherche, par le biais de sa mise en œuvre, à obtenir un profit qui ne lui revenait pas. La cupidité du *potentior* constitue le mobile de cette finalité. La faute peut se manifester à l'occasion des prérogatives de fixation et de modification unilatérales du prix¹⁹³¹. Par ses arrêts Alcatel et avant même les arrêts d'Assemblée Plénière du 1^{er} décembre 1995¹⁹³², la Cour de cassation a consacré cette forme de déloyauté. Elle affirme que l'abus (qui n'était pas caractérisé en l'espèce) consiste pour le fournisseur à « majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime »¹⁹³³. La terminologie utilisée n'a pas manqué d'être critiquée¹⁹³⁴, mais elle prend sens au regard de la conception finalisée de la prérogative de fixation du prix.

¹⁹²⁸ Cass. Com. 23 sept. 2014, *op. cit.*

¹⁹²⁹ Cass. Com. 2 juil. 1991, n° 88-18.040 ; *RTD civ.* 1992. 93, J. MESTRE.

¹⁹³⁰ En ce sens, CA Versailles, 12^e ch., 30 mars 1994 ; D. 1995. 85, cité par P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, p. 99, note 499.

¹⁹³¹ En ce sens, V. L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « Abus de droit », *op. cit.*, n° 87.

¹⁹³² Cass., Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-19.653, n° 91-15.578, n° 91-15.999, n° 93-13.688, *op. cit.*

¹⁹³³ Cass. Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 91-21.009, *op. cit.*

¹⁹³⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *D.* 2002. 1974 sous Cass. Com. 15 janv. 2002, n° 99-21. 172, spéc. note 13 : « Outre que, dans une économie de marché, la recherche du profit selon des voies licites est le moteur même de l'activité de chacun, salariés et concessionnaires inclus, cette expression laisse la part trop belle à toutes les divergences d'appréciation selon la sensibilité partisane de chacun. La formule « Le profit doit être légitime » n'a pas la précision nécessaire pour constituer une règle de droit. C'est tout au plus un slogan politique, une flèche de plaidoirie, qui mérite de rester extérieur à la terminologie technique des décisions de justice ». Précisément pourtant, dans une économie de marché, il est surprenant de permettre à un contractant d'en faire fi. L'expression « profits illégitimes » présente certains risques, qui peuvent toutefois être contrecarrés par une application rigoureuse de sa définition. V. égal. J. MOURY, « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJCA* 2016. 123 : « Quant au recours - déjà confus - à un profit « illégitime », il paraît d'autant moins pertinent que c'est en application d'une disposition conventionnelle expressément prévue par la loi que l'auteur de la fixation unilatérale du prix y procède désormais ».

Le profit illégitime n'a pas pour corollaire la détermination du « juste prix ». Il repose sur le contrôle des facteurs pris en compte par le créancier pour fixer le prix. Certains sont légitimes, d'autres ne le sont pas. Comme en matière de fixation judiciaire du prix dans le contrat d'entreprise¹⁹³⁵, la « qualification professionnelle »¹⁹³⁶ du créancier du prix, la « qualité du travail fourni »¹⁹³⁷, « l'importance des services rendus »¹⁹³⁸, ou encore la faculté pour le sujet passif de mettre un terme au contrat¹⁹³⁹ constituent autant d'éléments susceptibles d'écarter l'abus. À l'inverse, certains éléments ne doivent pas influencer sur la fixation du prix. La censure s'impose face au concédant qui argue de la situation financière de son entreprise, de son coûteux divorce ou des frais de scolarité de ses enfants pour justifier une modification à la hausse des prix imposés à son concessionnaire. On peut hésiter sur la prise en compte d'autres éléments. Par exemple, le *potentior* peut chercher à se prémunir contre les risques d'un effondrement du marché grâce à cette prérogative¹⁹⁴⁰. C'est alors par l'interprétation de la volonté des parties sur ce point que le juge peut considérer le profit qui en résulte comme légitime ou non. En l'absence de volonté exprimée, il faut appliquer à la machinerie contractuelle la rationalité inhérente à la figure du « contractant raisonnable ». Une prérogative de fixation unilatérale du prix n'est jamais accordée pour que son titulaire en retire tous les profits possibles aux dépens de son cocontractant¹⁹⁴¹. La recherche de gains

¹⁹³⁵ V. J. MOURY, « La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats », *D.* 2016. 1013, spéc. n° 9. Rapp. l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce, qui sanctionne « le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage [...] manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie » dans le cadre de l'exécution du contrat, à ceci près que le terme de « valeur » laisse croire à la recherche d'un prix « objectif ».

¹⁹³⁶ *Ibid.* ; V. Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, n° 89-21.970.

¹⁹³⁷ *Ibid.* ; V. Cass. Civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, n° 95-1.161 ; *RTD civ.* 1998. 372, J. MESTRE ; p. 402, P.-Y. GAUTIER.

¹⁹³⁸ *Ibid.* ; V. Cass. Civ. 1^{re}, 19 juin 1990, n° 88-20.270 ; *D.* 1991. 317, J.-L. AUBERT.

¹⁹³⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 190, *op. cit.*

¹⁹⁴⁰ Comp. Cass. Com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172 ; *D.* 2002. 1974, P. STOFFEL-MUNCK ; p. 2841, D. MAZEAUD. La Chambre commerciale caractérise les profits illégitimes réalisés par le concédant à l'aune des « sacrifices injustifiés » imposés au concessionnaire automobile à la suite de l'effondrement du marché. En dépit de la faible portée de l'arrêt, l'insistance des juges du fond sur la dimension de dépendance de cette relation contractuelle a été avancée comme la consécration d'un devoir de solidarité, eu égard à la nature du contrat. La motivation des juges est très critiquable.

¹⁹⁴¹ En ce sens égal., V. C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*, spéc. n° 18 : « Il paraît certain que si l'une des parties a consenti à ce déséquilibre apparent que constitue la fixation unilatérale d'un élément aussi déterminant que le prix, c'est nécessairement en raison d'une confiance accordée au maître du prix dans l'usage qu'il fera du droit ainsi conféré. Elle attend donc, en contrepartie de sa confiance, un usage modéré, la difficulté résidant dans les limites de cet usage. Il est nécessaire, pour déterminer ce prix disproportionné, de revenir à la volonté des parties lors de la conclusion de cette clause de prix et de ce qui a justifié, pour elles, l'attribution d'un tel pouvoir. Or, les justifications ne sont pas les mêmes pour chacune des parties. [...] Seules des attentes raisonnables ou légitimes du débiteur du prix peuvent être prises en compte, celles-ci s'appréciant au regard du contrat et de son équilibre général ». V. égal. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, op. cit.*, n° 747, p. 544 : « il paraît peu probable que cette finalité soit de soumettre le débiteur à la discrétion arbitraire du créancier. Même en l'absence de tout critère plus ou moins objectif de détermination des tarifs, il n'est pas possible de croire qu'un homme raisonnable entende ainsi se mettre volontairement à la merci totale d'un autre. Ce genre de soumission évoque une perte complète

n'est en rien condamnable dans une économie de marché, mais tous les moyens pour arriver à cette fin ne sont pas permis¹⁹⁴². Le profit est donc illégitime lorsque, pour l'obtenir, le *potentior* a détourné son droit de sorte qu'il lui procure un avantage économique qu'il n'aurait pas dû obtenir.

Pour déterminer le caractère illégitime du profit et deviner sur quel fondement le *potentior* a fixé le prix qu'il réclame, le juge peut être amené à réaliser un contrôle juridictionnel de l'équivalence des prestations. La recherche de cette équivalence ne renvoie pas, cependant, à l'égalité mathématique¹⁹⁴³, ni ne suppose une correspondance parfaite au « prix du marché »¹⁹⁴⁴. Il ne s'agit que d'indicateurs. Pourtant, il faut admettre que le contrôle du juge suppose l'intervention d'une dose d'objectivité que la théorie classique refusait jusqu'à lors. C'est la contrepartie de l'unilatéralisme. La prévalence de la subjectivité des parties dans la détermination du prix de la prestation n'a de sens que lorsque les parties se sont, par consensus, entendues sur une équivalence commune. En l'absence d'accord sur ce point, la fixation du prix s'appuie sur la confiance légitime qui procède du contrat : elle assoit la croyance que le créancier du prix ne profitera pas de sa puissance décisionnelle pour en abuser. Dès lors, ce contrôle ne constitue plus une contradiction à la volonté commune des parties puisque, par hypothèse, celle-ci n'existe pas.

Le détournement de prérogative en vue d'en retirer un avantage que celle-ci ne conférerait pas doit donc être sanctionné au titre de la déloyauté téléologique. Aucune prérogative n'est conférée à son titulaire pour que celui-ci en retire tous les profits possibles. En particulier, le contrôle de la prérogative de fixation du prix passe par le contrôle des éléments sur lesquels le

d'indépendance, ce qui ne cadre pas avec l'économie de la convention, censément conclue entre commerçants indépendants ».

¹⁹⁴² J. DOMAT, *Les lois civiles*, Livre 1, titre 1, section III, §11 : « Dans les conventions où il faut faire quelque estimation, comme du prix d'une vente, de la valeur d'un loyer, de la qualité d'un ouvrage, des portions de gain ou de perte que doivent avoir les associés, et autres semblables, si les contractants s'en rapportent à ce qui sera arbitré par une tierce personne, soit qu'on la nomme ou non ; ou même à l'arbitrage de la partie, il en est de même que si on s'était remis à ce qui serait réglé par des personnes de probité et qui s'y connaissent. Et ce qui sera arbitré contre cette règle n'aura pas lieu ; parce que l'intention de ceux qui se rapportent en ces sortes de choses à d'autres personnes renferme la condition que ce qui sera réglé sera *raisonnable* ; et leur dessein n'est pas de s'obliger à ce qui pourrait être *au-delà des bornes de la raison et de l'équité* » ; Adde C. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *op. cit.*, p. 518.

¹⁹⁴³ D'ailleurs, « si les prestations fournies étaient mathématiquement égales, leur échange n'offrirait aucun intérêt », G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 147, p. 268. Cette affirmation est à nuancer, cependant : si les prestations fournies étaient mathématiquement égales, leur échange n'offrirait aucun intérêt *spéculatif*.

¹⁹⁴⁴ En ce sens, J. MOURY, « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *op. cit.*

créancier s'appuie pour le déterminer. Le descriptif des finalités prohibées par le droit positif incite à s'interroger sur la reconnaissance de prérogatives discrétionnaires.

3) *Les prérogatives discrétionnaires*

402. **Notion de droit discrétionnaire.** La notion de discrétionnarité connaît plusieurs acceptions¹⁹⁴⁵. Un droit discrétionnaire peut d'abord être conçu comme un droit insusceptible d'être exercé de façon abusive. Josserand parlait, en ce sens, de droits « non causés » ou « abstraits »¹⁹⁴⁶. Leur nature n'admet pas l'abus. Monsieur Libchaber explique cette idée – obsolète selon lui – par la conception doctrinale de l'époque : « il n'allait pas de soi que le droit pût intervenir dans tout le champ des règles sociales », tandis qu'aux yeux contemporains, « l'empire du droit est illimité »¹⁹⁴⁷. En ce sens, il n'existerait plus de prérogatives discrétionnaires. On peut toutefois réserver la prérogative de rupture unilatérale du pacte civil de solidarité : il existe encore un domaine dans lequel la finalité n'a pas à être observée, celui de la fin d'une « liaison contractualisée ». Un droit discrétionnaire peut, ensuite, être appréhendé comme un droit insusceptible d'être sanctionné pour exercice abusif¹⁹⁴⁸, ce qui revient à refuser de contrôler les motifs de sa mise en œuvre. La première acception suppose l'absence d'esprit du droit de sorte qu'il ne peut pas en être détourné, tandis que la seconde s'en tient à l'absence de contrôle de la cohérence entre son esprit et sa mise en œuvre. Enfin, un glissement s'est opéré dans la jurisprudence de ces dernières années faisant de la notion de droits discrétionnaires des droits dont les titulaires n'auraient pas à justifier l'exercice, lequel serait pourtant susceptible de sanction pour abus¹⁹⁴⁹. Cette dernière acception jette la confusion sur une notion déjà ambiguë¹⁹⁵⁰. Ce dévoiement désigne, en réalité,

¹⁹⁴⁵ V. « Discrétionnarité », B. PACTEAU, *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* : « Le terme “discrétionnarité” n'est pas dans le dictionnaire de langue française, mais il est sur les lèvres de tous les juristes ; il est aussi au cœur de leurs pensées comme il est au centre des préoccupations de l'administrateur et du juge selon le cas pour le préserver ou pour l'abattre. Peut-être pas très harmonieux, il est au moins évocateur de sa substance ».

¹⁹⁴⁶ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, *op. cit.*, n° 306.

¹⁹⁴⁷ R. LIBCHABER, « Persistance et renouvellement dans l'analyse de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 34.

¹⁹⁴⁸ V. A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944. 1 ; D. ROETS, « Les droits discrétionnaires, une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997. 92. Comp. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 100, qui parle d'« exercice arbitraire »

¹⁹⁴⁹ V. A. BENABENT, « Le discrétionnaire », *in Études offertes au Professeur P. Malinvaud*, *op. cit.*, p. 11. Par ex., Cass. Civ. 3^e, 2 fév. 2005, *Bull. civ.* III, n° 24 (à propos du droit du maître de l'ouvrage de refuser d'agréer le sous-traitant) ; Cass. Civ. 2^e, 4 juil. 2019, n° 18-16. 458.

¹⁹⁵⁰ Monsieur Stoffel-Munck propose d'ailleurs le terme de « semi-discrétionnaire » pour désigner les droits dont l'exercice n'a pas à être motivé cependant qu'ils restent susceptibles d'un contrôle de l'exercice abusif. V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 782, p. 570.

l'absence d'une exigence de motivation à la charge du *potentior*¹⁹⁵¹. Le terme « discrétionnaire » renvoie à « ces îlots de toute puissance »¹⁹⁵². En cela, le caractère discrétionnaire d'un droit résulte du refus de contrôler la finalité poursuivie par son titulaire lors de l'exercice.

Le constat de finalités négatives pour lesquelles la prérogative ne serait jamais conférée ni par la loi ni par le contrat tend à réfuter l'existence de prérogatives discrétionnaires. Pour autant, la question continue d'animer la pensée des juristes. La jurisprudence a pu laisser croire au caractère discrétionnaire de certaines prérogatives. Elle l'a déjà admis lorsque la clause stipulait le caractère discrétionnaire de la prérogative. Elle l'a également reconnu pour des prérogatives contractuelles d'origine légale. Un arrêt relatif à la faculté de rétractation conférée à l'assuré par l'article L. 132-5-1 du code des assurances a semblé l'établir¹⁹⁵³. Plus largement, le caractère discrétionnaire des prérogatives de rupture accordées par le législateur à la partie faible d'une situation d'adhésion a été débattu en doctrine. Par ailleurs, la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée n'est pas exempte de questionnements en la matière. Ces diverses hypothèses doivent être examinées.

403. Rejet du caractère discrétionnaire de la prérogative stipulée discrétionnaire. Des prérogatives d'origine conventionnelle peuvent laisser croire à la possibilité de leur exercice discrétionnaire. La Cour de cassation a semblé hésitante sur la validité d'une telle stipulation. Si elle a pu rejeter le caractère discrétionnaire de certaines prérogatives¹⁹⁵⁴, elle a aussi eu l'occasion de l'admettre. Dans un arrêt du 3 avril 2001, la première Chambre civile a censuré les juges d'appel pour avoir caractérisé un abus de droit dans l'exercice d'une clause de résiliation anticipée. Insérée dans un contrat à durée déterminée entre un médecin et une clinique, la clause stipulait que « manifestant une volonté réciproque, les parties décident de pouvoir chacune mettre fin au présent contrat quand bon

¹⁹⁵¹ V. *infra*, n° 407.

¹⁹⁵² *Ibid.*

¹⁹⁵³ Cass. Civ. 2^e, 25 fév. 2010, n° 09-11. 352 ; *RDC* 2010. 814, Y.-M. LAITHIER : « Mais attendu que [...] l'exercice de cette faculté est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise ».

¹⁹⁵⁴ À propos d'une clause censée permettre au bailleur de refuser discrétionnairement son agrément, Cass. Req. 16 nov. 1927 ; *D.* 1928.I.61 : « La clause d'un bail interdisant au preneur de céder ses droits au bail sans le consentement exprès et par écrit du bailleur ne constitue pas une interdiction absolue de céder le bail et ne permet pas au bailleur de refuser son consentement sans motifs légitimes ». Dans le même sens, à propos d'une prérogative de conversion d'une rente en obligation de soins, Cass. Civ. 1^{re}, 7 févr. 2006, n° 03-15.094 ; *D.* 2006. 1796, A. PENNAU ; *RTD civ.* 2006. 763, J. MESTRE et B. FAGES.

lui semblera, sans qu'elles aient à motiver ou justifier le bien fondé de leur décision »¹⁹⁵⁵. En l'espèce, la cour d'appel s'était appuyée sur « la compétence et la notoriété » du médecin, son investissement personnel – celui-ci n'ayant « ménagé ni son temps ni sa peine » – ainsi que l'absence de reproches adressés durant douze années pour justifier sa décision. La Haute juridiction en déduit que la cour d'appel a violé la loi des parties et l'ancien article 1134 du Code civil inscrit au visa : dès lors que les conditions formelles d'exercice du droit étaient respectées, les juges du fond ne pouvaient pas faire obstacle à son exercice. Aucune des solutions retenues par la cour d'appel ou par la Cour de cassation ne nous convainc. La lecture des motivations des juges d'appel se résume à l'idée que la résiliation n'avait pas été mise en œuvre pour de bonnes raisons. La description de ce médecin-contractant idéal va en ce sens. Pourtant, la clause ne subordonnait pas son exercice à une faute de sa part ; il ne s'agissait pas d'une clause résolutoire. Les parties peuvent se réserver un droit de résiliation anticipée, sans que le comportement d'un contractant intervienne comme motifs propres à paralyser son effet. Aussi, ces motivations n'étaient pas suffisantes. La décision de la Cour de cassation n'est pas non plus satisfaisante. S'il n'était pas nécessaire d'avoir une « bonne raison » pour mettre en œuvre la résiliation, il n'est pas pour autant licite de le faire pour une « mauvaise raison ». La mauvaise raison se comprend alors comme une finalité négative. Entre la bonne raison, soit une faute du médecin, et la mauvaise raison, soit une finalité prohibée, il existe de nombreuses raisons : des raisons « neutres ». La Cour de cassation laisse entendre que la finalité de l'exercice du droit n'a aucune influence sur la licéité de son exercice parce que tel était le bon vouloir des contractants. Néanmoins, les finalités négatives se caractérisent comme des finalités par principe contraires au contrat et au degré de confiance minimal qui en découle. Par conséquent, il ne suffit pas qu'une stipulation soit déclarée discrétionnaire pour que son exercice dans l'intention de nuire, dans le but de contourner une autre règle contraignante, ou pour s'arroger un bénéfice indu soit valable. La pseudo-volonté que la lettre de la clause laisse entrevoir s'effondre face à sa signification réelle. Pourrait-on sérieusement considérer que le médecin a entendu permettre à la clinique de rompre leur relation dans le seul but de lui nuire, par exemple ? C'est si peu probable que ce comportement devrait constituer une faute de déloyauté s'il était avéré. Les clauses dites « discrétionnaires » par les parties ne confèrent pas un droit discrétionnaire aux parties dans la mesure où un détournement de finalité peut être sanctionné. Il faut comprendre ce caractère dit « discrétionnaire » comme la possibilité d'opérer la modification sans qu'une « bonne

¹⁹⁵⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2001, *op. cit.*

raison » soit nécessaire et sans qu'une exigence de motivation puisse être mise à la charge du *potentior*¹⁹⁵⁶. C'est dans un sens dévoyé que le terme « discrétionnaire » est donc employé. Que penser, pourtant, d'une « clause de discrétionnarité » ? Insérée dans un contrat de gré à gré, elle autoriserait expressément le titulaire à mettre en œuvre la prérogative pour nuire au sujet passif, pour contourner une autre règle applicable, ou encore pour en tirer tous les avantages qu'il voudrait y compris les plus loufoques¹⁹⁵⁷. Dans ce cas, les juges devraient-ils reconnaître le caractère discrétionnaire de la prérogative ? Le second alinéa de l'article 1104 du Code civil fait de l'exigence de bonne foi une disposition d'ordre public. Il suppose, ainsi, de rejeter la validité d'une telle clause¹⁹⁵⁸.

404. Rejet du caractère discrétionnaire de la prérogative de résiliation unilatérale de l'article 1211 du Code civil. La prérogative de résiliation unilatérale dans les contrats à durée indéterminée a fait l'objet d'une jurisprudence décousue. La Cour de cassation n'hésite pas à rappeler que son exercice n'est pas soumis à de justes motifs¹⁹⁵⁹. Elle ne se prive pas, néanmoins, de caractériser l'abus lorsque les faits de l'espèce démontrent la poursuite d'une finalité négative¹⁹⁶⁰. « Toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus » affirme la Cour dans un arrêt de 2006. Elle donne ensuite raison à la cour d'appel de retenir que « si elle considère que cette faculté de résiliation discrétionnaire et arbitraire constitue une source potentielle de discrimination, la société [demanderesse] n'établit pas ni même ne prétend que la décision de la banque qui a été assortie d'un délai de préavis de 90 jours suffisant à permettre à sa cliente de retrouver un nouveau banquier procéderait d'un motif illégitime ou d'une volonté de nuire ». *A contrario*,

¹⁹⁵⁶ Sur ce point, V. *infra*, n° 419 et s.

¹⁹⁵⁷ La clause de discrétionnarité n'est pas une clause de non-recours (V. sur ce point G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat...*, *op. cit.*, n° 581 et s., p. 297). En effet, la première a vocation à autoriser la poursuite de finalités négatives tandis que la seconde empêche la mise en œuvre judiciaire d'un droit. La clause de non-recours est, d'une part, soumise à l'article 1170 C. civ. Elle est, d'autre part, écartée en cas de faute lourde ou dolosive (*Ibid.* n° 711, p. 360 ; Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 1981, *Bull. civ.* I, n° 112 ; *RTD civ.* 1981. 859, G. DURY).

¹⁹⁵⁸ Rappr. M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », *op. cit.*, p. 30 : « L'autre hypothèse [...] que le droit n'admettra pas *malgré l'acceptation des parties dans ce sens*, c'est celle de l'unilatéralité abusivement exploitée » (nous soulignons).

¹⁹⁵⁹ Par ex. Cass. Com. 10 nov. 2009, n° 08-21.175 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que celui qui use de son droit de résilier un contrat à durée indéterminée dans le respect des modalités prévues par celui-ci n'a pas à justifier d'un quelconque motif, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁹⁶⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 21 fév. 2006, *Bull. civ.* I, n° 82 ; *D.* 2006. 2638, S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.* 2006. 314, J. MESTRE et B. FAGES ; *Contrats Conc. Consom.* 2006, n° 99, L. LEVENEUR ; *RDC* 2006. 704, D. MAZEAUD ; *D.* 2007. 1453, J. PENNEAU. En l'espèce, une résiliation unilatérale avait été mise en œuvre par une clinique à l'adresse d'un anesthésiste afin que son poste soit occupé par l'épouse du médecin président du directoire de la société. Cass. Com. 26 janv. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 18, *D.* 2010. 2178, D. MAZEAUD.

donc, si la preuve d'une finalité illégitime avait été établie, la sanction de l'usage abusif de cette prérogative aurait été possible. Caractériser cette prérogative comme droit discrétionnaire est contradictoire avec la reconnaissance d'un potentiel exercice abusif. Cela révèle à nouveau l'usage dévoyé du terme « discrétionnaire » auquel se livre la jurisprudence. L'issue de sa décision est heureuse, cependant. À l'instar d'autres prérogatives, il n'existe pas de finalité positive à cette rupture. Son existence, désormais consacrée à l'article 1211 du Code civil, et sa valeur constitutionnelle ont pour fondement « « la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »¹⁹⁶¹. Faudrait-il pour autant consacrer une immunité à tous les contractants dans le contexte des contrats à durée indéterminée ? « Fut-elle présentée comme discrétionnaire, toute prérogative connaît une limite naturelle, immanente, qui manifeste ses effets à l'instant où la liberté se retourne contre elle-même »¹⁹⁶². En l'occurrence, la raison d'être de cette prérogative consiste à empêcher la « perpétuité contractuelle » en permettant de sortir des contrats à durée indéterminée. On voit comment un contractant pourrait abuser de ce droit, notamment pour revenir sur son consentement très peu de temps après la formation du contrat, alors que « les conditions de formation du contrat à durée indéterminée peuvent parfois impliquer une certaine pérennité de la relation contractuelle »¹⁹⁶³. La discrimination est également envisageable comme motif de rupture correspondant à une finalité négative¹⁹⁶⁴, de même que la tentative de s'arroger un avantage indu, comme une clientèle¹⁹⁶⁵. Il n'existe pas de raisons de consacrer la résiliation unilatérale de l'article 1211 comme droit discrétionnaire.

405. Caractère discrétionnaire de la résiliation unilatérale dans les situations d'adhésion. La prérogative de résiliation unilatérale, lorsqu'elle est accordée à la partie faible d'une situation d'adhésion, joue un rôle spécifique en ce qu'elle représente un second niveau de protection. Il s'agit, par-delà le contrôle de validité des prérogatives dans ces

¹⁹⁶¹ Cons. Const., 9 nov. 1999, DC n° 99-419, *PACS*, *loc. cit.*, « Considérant » n° 61.

¹⁹⁶² R. LIBCHABER, « Persistance et renouvellement dans l'analyse de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 34.

¹⁹⁶³ Sur la proposition d'un « contrat à durée minimale » dans ce cas, V. J. MESTRE, *RTD civ.* 1998, 675, note sous Cass. Com. 20 janv. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 40 : M. Mestre se prononce pour la reconnaissance de contrats à durée indéterminée mais minimale, c'est-à-dire « ne pouvant être rompus sans faute avant l'écoulement du temps nécessaire au retour sur investissement » (J. ROCHFELD, *JCP G.* 2001.I.354, *op. cit.*). « Autrement dit, à côté de contrats à durée indéterminée fondamentalement précaires, on peut concevoir exceptionnellement des contrats également à durée indéterminée, mais cette fois à durée minimale parce que, à l'origine, l'une des parties a été légitimement fondée à les considérer comme tels » (J. MESTRE, *op. cit.*).

¹⁹⁶⁴ Pour une reconnaissance d'actes de discrimination et de dénigrement dans les motifs avancés par l'auteur d'une résiliation unilatérale dans un contrat de concession exclusive, V. Cass. Com. 5 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 326, *RTD civ.* 1994, 603, J. MESTRE ; *RTD com.* 1994, 347, B. BOULOC ; *D.* 1995, 69, D. FERRIE.

¹⁹⁶⁵ Com. 19 juil. 1965, *Bull. civ.* IV, n° 460.

contextes, de continuer à protéger la volonté de la partie faible alors même que le contrat est formé. Le droit positif lui confère la possibilité de sortir du rapport quand et comme bon lui plaira. Le contrôle de validité concerne les prérogatives que s'est accordées la partie forte. Le rejet du contrôle de l'abus concerne les prérogatives dont bénéficie la partie faible. L'absence de contrôle repose « sur le postulat que, dans certains cas, par hypothèse exceptionnels, il est *utile* de neutraliser la théorie de l'abus de droit »¹⁹⁶⁶. La protection du consommateur est invoquée pour justifier l'efficacité sans limite de ce droit¹⁹⁶⁷. Cette prérogative serait donc « péremptoire et souveraine »¹⁹⁶⁸ en raison de sa « signification particulière »¹⁹⁶⁹. Sa spécificité résulte de son contexte – un contrat dont le contenu est élaboré par une seule des parties – et de la qualité de partie faible du *potentior*. Des hypothèses d'école permettent d'entrevoir la réalisation d'une finalité négative par le biais de cette prérogative. Ce serait le cas si un consommateur exerçait sa faculté de résiliation, révolté d'apprendre que la nouvelle dirigeante de la société cocontractante est une femme : s'il n'y a pas de « juste motif » à l'exercice d'un tel droit, il y en a assurément de mauvais. À l'évidence, la finalité poursuivie est interdite, comme contraire à l'interdiction des discriminations. L'exercice d'une prérogative dans un but discriminatoire correspond à la finalité négative de tentative de contournement d'une règle contraignante pour le *potentior*. Néanmoins, ce type d'espèces est ultra-minoritaire, sans compter qu'il est sanctionnable sur le plan pénal¹⁹⁷⁰. À l'inverse, consacrer le contrôle de la déloyauté téléologique, c'est-à-dire le contrôle d'absence de finalités négatives, lorsque la partie faible entend mettre fin au lien contractuel pourrait s'avérer dangereux. En effet, dans beaucoup de situations, le déséquilibre factuel (économique et de connaissance notamment)¹⁹⁷¹ est tel que la seule crainte de poursuite suffirait à dissuader la partie faible d'exercer son droit et la placerait sous une emprise dont la durée pourrait s'avérer longue. Permettre à la partie faible d'une situation d'adhésion de rompre le contrat contribue à s'assurer de sa volonté d'en être partie. L'adhésion est un « consentement affaibli » ; elle implique une rupture plus aisée du contrat. Consacrer la prérogative comme un droit insusceptible de sanction uniquement lorsque le *potentior* est la partie faible d'une situation d'adhésion pour exercice abusif permet de rendre cette protection efficiente.

¹⁹⁶⁶ D. ROETS, « Les droits discrétionnaires, une catégorie juridique en voie de disparition ? », *op. cit.*, p. 95

¹⁹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁹⁶⁸ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité...*, *op. cit.*, n° 306.

¹⁹⁶⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 307.

¹⁹⁷⁰ Art. 225-1 et 225-2 C. pén.

¹⁹⁷¹ V. *supra*, n° 274 et s.

406. Absence de caractère discrétionnaire des autres prérogatives de rupture dans les situations d'adhésion. La méfiance vis-à-vis de l'adhésion nourrit le débat sur le caractère éventuellement discrétionnaire des prérogatives de rétractation. Leur existence est, à cet égard, fondamentale. Elle permet de revenir sur un consentement trop légèrement donné. Leur exercice ne doit pas, pour autant, être insusceptible d'abus¹⁹⁷². Le droit des assurances a nourri une jurisprudence en dents de scie à ce propos. Les articles L. 132-5-1 et 132-5-2 du code des assurances établissent la prorogation du délai de rétractation de l'assuré à défaut de remise, par l'assureur, des documents et informations prévus à l'alinéa 2 de la disposition¹⁹⁷³. Dans un arrêt, la Cour a décidé que « l'exercice de cette faculté est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise »¹⁹⁷⁴. Curieuse affirmation : en l'espèce, l'assuré avait usé de son droit de rétractation cinq années après la formation du contrat d'assurance-vie. Le délai, habituellement de trente jours, n'avait pas commencé à courir en raison du manquement de l'assureur au formalisme d'information sur les conditions de la rétractation. Les juges privilégient l'application rigoureuse des règles de formalisme à la charge de l'assureur¹⁹⁷⁵. Pourtant, la rétractation n'avait pas vocation à revenir sur un consentement donné trop légèrement par la partie faible en l'espèce. Elle lui permettait d'échapper à la dévalorisation du contrat¹⁹⁷⁶. Il ressort des faits que l'assuré avait été informé de son droit de rétractation en dépit du manquement de l'assureur au formalisme légal. L'assuré profitait opportunément du manquement de l'assureur pour revenir sur la mauvaise affaire conclue. Ce faisant, il bénéficie indument d'un avantage que la prérogative n'avait pas vocation à lui conférer¹⁹⁷⁷. La deuxième Chambre civile ne s'y est pas trompée, en revenant sur

¹⁹⁷² Comp. D. ROETS, « Les droits discrétionnaires, une catégorie juridique en voie de disparition ? », *loc. cit.*, p. 95 : « En faveur de ce caractère, la dynamique de la protection du consommateur a été justement invoquée. Pour être efficaces, ces droits de repentir doivent être mis *a priori* à l'abri de tout contrôle ».

¹⁹⁷³ En ce sens, Cass. Civ. 2^e, 7 mars 2006, *Bull. civ.* II, n° 63 ; *RDI* 2006. 173, L. GRYNBAUM ; *RGDA* 2006. 481, J. KULLMANN.

¹⁹⁷⁴ Cass. Civ. 2^e, 25 fév. 2010, n° 09-11. 352 ; *RDC* 2010. 814, Y.-M. LAITHIER.

¹⁹⁷⁵ V. Y.-M. LAITHIER, *Ibid.*

¹⁹⁷⁶ En revanche, un autre cas d'espèce aurait pu caractériser un comportement dilatoire de la part de l'assureur, par exemple en retenant ces manquements répétés à l'égard de nombreux souscripteurs ce qui, par-delà la persistance du délai de rétractation, aurait caractérisé la déloyauté de l'assureur.

¹⁹⁷⁷ Le législateur du Code de la consommation a établi une solution intermédiaire intéressante au sujet du délai de rétractation laissé au consommateur par l'article L. 221-18 C. conso. L'article L. 221-20 dispose que « lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues [...] le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial [...]. Toutefois lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations ». En sus, des sanctions pénales (art. L. 242-6 C. conso) et administratives (art. L. 242-13 C. conso.) sont prévues. Pour sa part, l'article L. 132-5-2 al. 4 C. ass. prévoit que la faculté de rétractation peut être exercée dans un délai de trente jours à compter de la remise effective des documents, *dans une limite de huit ans* à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu (nous soulignons).

sa solution. Par un arrêt du 19 mai 2016, elle a déclaré que « si la faculté prorogée de renonciation [...] en l'absence de respect par l'assureur du formalisme informatif [...] revêt un caractère discrétionnaire pour le preneur d'assurance, son exercice peut dégénérer en abus »¹⁹⁷⁸. Elle a, par la suite, confirmé que la rétraction pouvait poursuivre une finalité négative et être sanctionnée. Dans une espèce en tous points similaires, l'assuré avait tenté d'exploiter le manquement de l'assureur à des fins purement opportunistes¹⁹⁷⁹. Déclarer la prérogative de rétractation insusceptible de sanction en cas d'exercice abusif est excessif. Octroyer à la partie faible ce droit suffit à le protéger de son adhésion.

407. Les prérogatives semi-discrétionnaires. Les prérogatives « semi-discrétionnaires »¹⁹⁸⁰ désignent les droits dont l'exercice n'a pas à être motivé mais qui restent à même d'être contrôlés et sanctionnés en cas de détournement de finalité. La jurisprudence affirme, par exemple, à propos de la prérogative de résiliation, que « si la partie qui met fin à un contrat à durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre »¹⁹⁸¹. Cette catégorie de prérogatives est majoritaire. La plupart sont semi-discrétionnaires, au sens où le *potentior* n'est pas soumis à une exigence de motivation formelle de sa décision mais répond de la déloyauté téléologique qui serait à l'œuvre dans leur exercice¹⁹⁸². L'appréciation des motifs de la décision du *potentior* s'avère être à la croisée des conditions substantielle et formelle, ce qui pousse à s'interroger sur les domaines respectifs de l'une et l'autre. « Quoique communément la distinction entre les motifs et la motivation ne soit pas faite, [...] il y a lieu d'y procéder : la motivation n'est que l'énonciation des motifs. Juridiquement, la motivation relève de la catégorie "forme" et les motifs de la catégorie "fond" »¹⁹⁸³. L'absence d'une charge de motivation imposée au *potentior* rend envisageable la mise en œuvre de la prérogative dans le silence des mobiles qui l'anime. Dans cette hypothèse, les motifs de la décision seront

¹⁹⁷⁸ Cass. Civ. 2^e, 19 mai 2016, n° 15-12.767 ; *D.* 2016. 1797, L. PERDRIX ; *RTD civ.* 2016. 605, H. BARBIER ; *RDC* 2017. 25, P. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2017. 1213, M. BACACHE.

¹⁹⁷⁹ Cass. Civ. 2^e, 7 fév. 2019, n° 17-27. 223, PB ; V. R. LIBCHABER, « Persistance et renouvellement dans l'analyse de l'abus de droit », *op. cit.*

¹⁹⁸⁰ V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 782, p. 570.

¹⁹⁸¹ Cass. Civ. 1^{re}, 21 fév. 2006, *Bull. civ.* I, n° 82, *op. cit.* Cass. Com. 26 janv. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 18, *op. cit.* : « en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus ». V. aussi Cass. Com. 5 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 326, *op. cit.*

¹⁹⁸² Sur l'exigence de motivation formelle, V. *infra*, n° 419 et s.

¹⁹⁸³ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 2000, p. 73, spéc. p. 75.

déduits des circonstances qui l'entourent. Par exemple, la résiliation d'un contrat dans le but de se soustraire au droit de préférence a pu être établie sur la base des éléments de fait qui entouraient la relation des parties¹⁹⁸⁴. Le *potentior* cherchait à contourner la force obligatoire d'une stipulation, ce qui caractérise un abus. La plupart du temps, cependant, le *potentior* exprime spontanément des raisons destinées à justifier sa décision auprès de son cocontractant. Les « ressorts du vouloir »¹⁹⁸⁵ exprimés par le *potentior* permettent d'apprécier l'éventuelle déloyauté qui l'anime. Le sujet passif peut s'appuyer sur les mobiles avancés pour démontrer leur caractère fallacieux ou inconsistant. Par exemple, un masseur-kinésithérapeute a montré que les motifs du refus d'agrément de son coassocié étaient fallacieux en ce qu'ils manifestaient son intention de capter frauduleusement la clientèle¹⁹⁸⁶, ce qui caractérise la recherche d'un avantage économique indu par la prérogative. Dans un sens proche, le caractère abusif du refus d'agrément du bailleur commercial a pu être affirmé en démontrant que les motifs qu'il avançait étaient peu sérieux ou inexistant¹⁹⁸⁷. L'application rigoureuse des règles de preuve exige davantage du sujet passif. En vertu de l'article 1353 du Code civil, c'est à celui qui invoque l'abus de le prouver. En tant que fait juridique, la déloyauté se prouve par tous moyens, selon l'article 1358 du même code. La charge de la preuve de la déloyauté incombe donc au sujet passif¹⁹⁸⁸. Démontrer que le motif avancé était fallacieux ou inconsistant ne suffit pas, en théorie, à prouver que la mise en œuvre de la prérogative poursuivait une finalité prohibée. Cependant, le juge peut attacher une présomption de fait à certaines circonstances. Le mécanisme de présomption judiciaire allège la charge qui incombe au sujet passif et facilite la démonstration qu'une finalité négative était poursuivie. La preuve que les motifs invoqués étaient erronés suffit souvent. L'expression impulsive des motifs est courante. La tendance humaine paraît privilégier l'exposé de motifs mensongers au silence gardé. Elle permet au sujet passif qui démontre leur fausseté de faire présumer l'abus.

408. Conclusion de la section. Les manifestations substantielles de la bonne foi ont abouti à deux catégories de conditions d'exercice. D'une part, la bonne foi s'exprime au

¹⁹⁸⁴ Cass. Com. 19 janv. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 24, *op. cit.*

¹⁹⁸⁵ L. JOSSERAND, *Essai de téléologie juridique II, Les mobiles dans les actes du droit privé*, Dalloz, 1928, n° 7, p. 10

¹⁹⁸⁶ Cass. Com. 13 fév. 2001, n° 98-17.347. CA Paris, 5^e Ch. Section B, 23 avr. 1998 ; *Bull. Joly Soc.* 1998. 959, J.-J. DAIGRE.

¹⁹⁸⁷ Cass. Civ. 3^e, 27 juin 1990, n° 89-10.115. Cass. Civ. 3^e, 12 oct. 1971, *Bull. civ. III*, n° 480 ; *D.* 1972. 210. Cass. Civ. 1^{re}, 7 oct. 1965, *Bull. civ. I*, n° 519.

¹⁹⁸⁸ Par ex. Cass. Com. 6 juin 2001, n° 99-10.768 ; *RTD civ.* 2002. 99, J. MESTRE et B. FAGES.

travers de la méthodologie employée pour l'exercice de la prérogative. Le comportement du *potentior* avant et pendant sa mise en œuvre fait naître des prévisions sur la manière ou la temporalité de la survenance de la modification. Les contredire en exerçant la prérogative procède *a minima* d'une inconstance préjudiciable. D'autre part, la bonne foi se manifeste dans la finalité de l'exercice du droit. La contradiction avec les prévisions légitimes du sujet passif relève d'une trahison de la confiance que postule le contrat et qui implique que le *potentior* ne poursuive pas la réalisation d'un but prohibé. Le dessein poursuivi par la mise en œuvre de la prérogative heurte la loyauté lorsqu'il est nécessairement contraire à la confiance accordée – c'est le cas de l'intention de nuire ou du contournement d'une règle censée s'appliquer de façon contraignante –, ou lorsqu'il octroie à son auteur un avantage que la prérogative n'avait pas vocation à lui procurer. Ces comportements s'avèrent toujours teintés d'immoralité et sont fréquemment couplés à des fautes de type méthodologique. « Bonne foi et bonne fin » renvoient ainsi à un phénomène unitaire¹⁹⁸⁹. Le principe de bonne foi se matérialise également par des conditions formelles destinées à garantir les prévisions du sujet passif par une dynamique procédurale.

Section 3. La bonne foi formelle

409. Les conditions formelles renvoient à la procédure d'exercice de la prérogative. La procédure n'est pas une notion classiquement utilisée en droit des contrats, gouverné par le diptyque séculaire de liberté contractuelle et d'ordre public. Propre aux domaines judiciaire et administratif, la procédure est corrélée à la décision¹⁹⁹⁰. Son introduction en droit des contrats est la conséquence de la multiplication des prérogatives contractuelles dans la pratique¹⁹⁹¹. La procédure – ou le processus¹⁹⁹² – d'exercice d'un droit s'attache à la manière de procéder¹⁹⁹³. En

¹⁹⁸⁹ Comp. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, op. cit., n° 545 p. 293.

¹⁹⁹⁰ V. en particulier P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », op. cit. ; V. égal. O. FAVEREAU, « Procéduralisation du droit et théorie économique », in *Démocratie et procéduralisation du droit*, dir. P. Coppens et J. Lenoble, *Travaux des XVI^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le centre de philosophie du droit*, Bruylant, 2000, p. 155, spéc. p. 165 : d'après les travaux d'Herbert Simon (déjà évoqués, V. *supra*, n° 151), « la qualité d'une décision ne découle plus de ses propriétés intrinsèques, mais de la façon plus ou moins sérieuse, dont elle a été préparée, construite et mise au point. Dans un contexte d'incomplétude, la rationalité se déplace des décisions elles-mêmes, vers les procédures de décision, entendues ici rapidement comme façon de faire ».

¹⁹⁹¹ Comp. sur la « processualisation du contrat » entendue comme les pouvoirs d'intervention du juge sur le contrat, L. CADIER, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au XXI^e siècle*, op. cit., p. 177, spéc. p. 179 et s.

¹⁹⁹² Sur l'assimilation des notions de procédure et de processus en droit processuel, V. E. JEULAND, *Droit processuel général*, LGDJ, 4^e éd., 2018, n°57.

¹⁹⁹³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *Rev. conc. consom.* 1996, n° 92, p. 13, spéc. p. 16.

cela, le rattachement à l'exigence de bonne foi se comprend. Ces conditions ont, elles aussi, vocation à protéger le sujet passif en déployant des charges qui incombent au *potentior* pour faire naître des prévisions en amont de l'exercice. Les formalités auxquelles il est soumis normalisent la mise en œuvre des prérogatives du point de vue du sujet passif qui peut anticiper leur réalisation. *A contrario*, leur violation engendre nécessairement une trahison de ses prévisions. À suivre le *Vocabulaire juridique* de Cornu, la notion de formalité recouvre, en droit, l'ensemble des opérations consistant en l'accomplissement d'actes divers¹⁹⁹⁴. La diversité des formalités juridiques qui peuvent être exigées et la pluralité des rôles qui leur sont conférées empêchent une définition plus précise¹⁹⁹⁵. Comme conditions d'exercice des prérogatives contractuelles, les formalités peuvent être rapprochées des « diligences » ou des « charges » que la loi ou le contrat impose au *potentior* pour exercer valablement son droit¹⁹⁹⁶. Elles correspondent au « processus d'accomplissement des actions nécessaires à l'extériorisation de l'acte de volonté »¹⁹⁹⁷ (§1). Comme charges ponctuelles liées au principe de bonne foi, les conditions formelles entretiennent des liens certains avec le concept d'incombance. Rattachées aux droits porteurs d'un aléa, les incombances sont des contraintes accessoires dont la violation est sanctionnée par la déchéance du droit substantiel. Parce que les prérogatives supposent une incertitude pour le sujet passif, l'étude de cette qualification juridique est intéressante. Elle permet d'approfondir le rôle des formalités d'exercice des

¹⁹⁹⁴ V. « Formalité », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹⁹⁹⁵ *Ibid.* Les formalités peuvent être exigées en vue de la validité d'un acte, de la preuve d'un acte, ou encore de la publicité d'un acte ; elles peuvent être administratives, procédurales ou encore substantielles.

¹⁹⁹⁶ Du latin *formalis*, le caractère formel d'une règle renvoie au moule dans lequel elle s'inscrit (V. « Formel », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*). Néanmoins, la distinction entre conditions formelles et conditions substantielles relève davantage de l'intuition et renferme, par conséquent, possibilités à débats. Il en va ainsi, par exemple, de la mise en demeure : elle sera classée au rang des conditions substantielles dans cette étude, mais des auteurs ont pu plaider pour son caractère substantiel. V. par ex. B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, *op. cit.* ; H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », *op. cit.*, n° 114. La doctrine processualiste ne s'y est pas trompée, qui constate l'imbrication des règles substantielles et processuelles et plaide parfois pour le renouvellement des critères de la distinction. M. Jeuland propose par exemple de restreindre le droit procédural aux seules règles d'organisation du procès, le « droit procédural non judiciaire » devant alors être classé parmi les règles de droit substantiel (E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n° 57). D'autres auteurs rappellent pourtant le caractère substantiel de certaines règles du procès, comme le droit au procès équitable (S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, Dalloz, 6^e éd., 2019, n° 762). Dans cette optique, le caractère substantiel d'une règle de droit se comprendrait par défaut, lui conférant une certaine évanescence compliquant encore davantage sa définition. Sur la « procéduralisation » de règles substantielles, V. aussi X. LAGARDE, « La procéduralisation du droit privé », in *Les évolutions du droit : contractualisation et procéduralisation*, Université de Rouen, 2004, p. 141.

¹⁹⁹⁷ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préf. L. CADIET, IRJS éditions, 2009, n° 377, p. 403. Par conséquent, les formalités qui seront analysées dans la suite des développements sont celles qui sont habituellement exigées par le législateur. Le contrat peut néanmoins exiger d'autres formalités. Par exemple, une clause de conciliation peut être intégrée au contenu contractuel, qui stipule qu'elle devra s'appliquer « en cas de problème survenant lors de l'exécution du contrat ». Dès lors, cette exigence devra être respectée en amont de la mise en œuvre des prérogatives de sanctions. V. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat...*, *op. cit.*, n°276, p. 231.

prérogatives. Pourtant, la déchéance associée à la violation de l'incombance contredit la protection de la « substance des droits et obligations légalement convenus entre les parties »¹⁹⁹⁸ (§2).

§1. Les catégories de formalités d'exercice

410. Le principal avantage de la réforme initiée par l'ordonnance du 10 février 2016 au regard de notre étude a été de préciser ces formalités tandis que certaines prérogatives étaient consacrées. Leur analyse permet d'élaborer une procédure d'exercice régulier des prérogatives contractuelles. Il existe plusieurs sortes de conditions formelles. Les formalités d'exercice des prérogatives contractuelles répondent à deux objectifs. Certaines encadrent l'expression de la décision du *potentior*. Elles ont vocation à informer le sujet passif de la mise en œuvre probable (par la mise en demeure) ou certaine (par la notification) de la prérogative. L'exigence de motivation qui incombe au *potentior* intègre également cette catégorie, en renseignant le destinataire du droit sur les raisons de son exercice (A). Une autre permet de donner au sujet passif un temps pour se préparer à la modification qui va survenir prochainement. Le délai de préavis lui accorde un temps de prévenance en retardant les effets de la prérogative. Il peut ainsi s'acclimater à la décision de son cocontractant et adapter sa situation personnelle à la future situation contractuelle. (B).

A. L'information du sujet passif

411. Le processus décisionnel exprime les différentes étapes de la prise de décision¹⁹⁹⁹. D'un point de vue temporel, il consiste dans l'ensemble des étapes préalables à la réalisation de la modification dans le contenu contractuel durant lequel le *potentior* informe le sujet passif de l'exercice à venir, certain ou éventuel, de la prérogative. La notification consiste à faire porter une information à la connaissance d'une personne²⁰⁰⁰. Selon l'information que veut transmettre le *potentior*, deux types de notifications sont possibles. La mise en demeure exprime la mise en œuvre éventuelle de la prérogative et présente, en sus de sa fonction informative, une

¹⁹⁹⁸ Sur la « substance des droits et obligations légalement convenus entre les parties », V. déjà *supra*, n° 27.

¹⁹⁹⁹ En ce sens, P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *op. cit.*, p. 2297.

²⁰⁰⁰ V. « Notification », *in Vocabulaire juridique, op. cit.* ; Du lat. *notificare*, composé de *notus*, participe passé de *noscere*, qui signifie « connu », et de *facere*, « faire », V. « Notifier », *in Dictionnaire historique de la langue française, op. cit.*

fonction préventive. À cet égard, elle participe pleinement à la prise de décision. La notification définitive met au fait le sujet passif de l'exercice certain de la prérogative. Elle clôt le processus décisionnel. D'un point de vue chronologique, la mise en demeure intervient avant la notification définitive, si bien qu'elle devrait être traitée en premier. Cependant, elle constitue une formalité spécifique à certaines prérogatives tandis que la notification définitive doit être généralisée à toutes. De la sorte, en raison de son caractère général, la notification définitive sera analysée (1) avant la mise en demeure (2). En outre, certaines prérogatives voient leur exercice subordonné à une exigence de motivation. L'information transmise consiste, par-delà l'expression de la décision, à en exprimer les raisons. La motivation s'inscrit alors dans le processus décisionnel en ce qu'elle oblige le *potentior* à formuler les causes de sa décision. En cela, elle empêche l'impulsivité et participe pleinement au respect des prévisions du sujet passif (3).

1) La notification d'exercice de la prérogative

412. **Rareté de l'exigence expresse de notification.** Peu présente dans le Code civil, la notification qui informe le sujet passif de la mise en œuvre de la prérogative est désormais exigée en matière de résolution unilatérale en vertu des articles 1224, 1226 et 1229 alinéa 2²⁰⁰¹, de réduction unilatérale du prix en vertu de l'article 1223, ou encore pour l'exercice de la faculté de substitution accordée par l'article 1216 alinéa 2²⁰⁰². Des dispositions spéciales y ont également recours, par exemple l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989²⁰⁰³ pour exprimer le congé dans le bail d'habitation ou pour exercer le droit de préemption, ou encore l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier en matière de rupture unilatérale d'une ouverture de crédit consenti à une entreprise. De même, les articles 2005 à 2007 du Code civil expriment l'exigence de notification au mandataire de sa révocation. Toutefois, la plupart des dispositions vouées à organiser l'exercice de prérogatives contractuelles sont silencieuses quant à l'information du sujet passif. Dans certains cas, on peut déduire une exigence tacite de notification. C'est, par exemple, le cas pour la prérogative de résiliation d'un contrat à durée indéterminée. Le contractant qui entend résilier son contrat sur le fondement de l'article 1211 du Code civil ne peut se prévaloir de sa libération avant l'expiration du délai de préavis,

²⁰⁰¹ V. aussi art. 26 de la Convention de Vienne (CNUCVIM) : « Une déclaration de résolution du contrat n'a d'effet que si elle est faite par notification à l'autre partie ». Égal. Art. 7. 3. 2 des Principes Unidroit.

²⁰⁰² Sur la qualification en prérogative contractuelle, V. *supra*, n° 220.

²⁰⁰³ Loi n° 89-462, du 6 juil. 1989, *op. cit.*

lequel ne peut courir qu'à compter de la notification de la décision en l'absence de plus amples précisions. Néanmoins, le plus souvent, aucune exigence de notification ne peut être déduite des textes ; elle n'en est pas moins requise eu égard à la nature de la prérogative contractuelle.

413. **L'exercice de la prérogative : un acte unilatéral réceptice.** L'ordonnance du 10 février 2016 précise dans certaines dispositions seulement la condition de notification. Ce choix pourrait laisser croire que l'exigence est spécifique à certaines prérogatives mais ne s'applique pas aux autres. Le juge peut douter face à l'hypothèse d'un sujet passif laissé dans l'ignorance de l'exercice de la prérogative. Il s'agit, en réalité, d'une lacune due à l'absorption de la théorie de l'acte juridique par le contrat. Bien que la réforme du Code civil ait consacré l'acte unilatéral, elle n'en a pas tiré toutes les conséquences. Le concept de déclaration de volonté n'a pas été intégré, alors qu'il est bien connu du droit allemand et présent dans la Convention de Vienne²⁰⁰⁴. Pourtant, « il est incontestable que l'efficacité d'une réglementation provient de la capacité de réunir des espèces présentant la même spécificité dans des catégories déterminées et de leur appliquer un régime commun »²⁰⁰⁵. En réalité, l'exigence de notification est propre à l'exercice de la prérogative quelle qu'elle soit : l'extériorisation de la volonté du *potentior* perfectionne la décision. Un acte unilatéral réceptice se définit comme un acte dont la validité est subordonnée à sa notification²⁰⁰⁶. À défaut, il ne produit pas ses effets. L'extériorisation de la décision se fait à destination du sujet qui la subit. À l'inverse, les actes unilatéraux qui procèdent de l'exercice de droits potestatifs intro-actifs ne sont pas nécessairement soumis à cette condition²⁰⁰⁷. « Dans la mesure où les actes juridiques unilatéraux remettent en cause les droits d'autrui, leur notification, à qui en est le destinataire est fréquemment érigée en condition de leur perfection »²⁰⁰⁸. Ne pas mettre à la charge du *potentior* l'information du sujet passif est difficilement justifiable. Il est même

²⁰⁰⁴ V. not. F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. C. WITZ, avant-propos S. PERUZZETTO, LGDJ, 2004, n° 64 et s., p. 46 et s.

²⁰⁰⁵ J. RBII, « L'acte unilatéral réceptice », in *Métamorphoses de l'acte juridique*, dir. M. NICOD, PU Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 87, spéc. p. 90.

²⁰⁰⁶ J. RBII, « L'acte unilatéral réceptice », *op. cit.*, p. 87. Cette définition de l'acte unilatéral réceptice provient notamment des travaux de Durma sur la notification, et de ceux de Demogue et de Martin de la Moutte sur l'acte unilatéral. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, Librairie Arthur Rousseau, 1923, n° 540bis, p. 133. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, *op. cit.*, n° 180, p. 175. M. DURMA, *La notification de la volonté, Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques*, thèse, Paris, Sirey, 1930. V. not. F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales...*, *op. cit.*, n° 97 et s., p. 60 et s.

²⁰⁰⁷ Sur les droits potestatifs intro-actifs, V. *supra*, n° 130 et s.

²⁰⁰⁸ C. BRENNER, S. LEQUETTE, « Acte juridique », in *Répert. civ. Dalloz*, févr. 2019, n° 189.

difficile en pratique de s'en passer puisque le *potentior* attend du cocontractant qu'il se comporte conformément à la modification décidée. Comme la publication au Journal officiel est une « condition nécessaire » pour que la loi entre en vigueur²⁰⁰⁹, la force obligatoire de la modification opérée et de ses éventuelles conséquences ne peut être envisagée qu'une fois le sujet passif mis au fait de son existence. La jurisprudence a déjà eu l'occasion d'imposer au *potentior* de communiquer sa décision, relativement à la révocation *ad nutum* du mandataire par exemple²⁰¹⁰. L'arrêt *Amazon* récemment rendu par le Tribunal de commerce de Paris est net²⁰¹¹. Les juges s'émeuvent à juste titre de ce que la modification unilatérale décidée par la société Amazon Europe n'avait pas à être communiquée aux cocontractants ; pratique « exorbitante du droit français et contraire à tous les usages ». Cette conception doit être généralisée. Le créancier qui modifie unilatéralement le prix de la prestation doit en informer le débiteur pour faire produire effet à sa décision. La renonciation à la condition pendant stipulée dans l'intérêt exclusif du *potentior* doit être communiquée au sujet passif sans quoi il ne pourrait lui être fait reproche de considérer le contrat comme caduc si elle défaille²⁰¹². Il en va de même pour l'exercice d'une prérogative de source contractuelle pour lequel les parties n'auraient rien prévu. En outre, exiger du *potentior* qu'il informe le sujet passif de l'exercice de la prérogative est une émanation du devoir de bonne foi : s'y soustraire revient nécessairement à créer une contradiction avec ses prévisions légitimes, de type méthodologique en l'espèce. Si la modification survient sans que le sujet passif n'en soit prévenu, l'effet de surprise est inéluctable.

Ainsi, l'exigence de notification est implicite dans tous les cas où la loi ne le précise pas. Elle n'est jamais facultative, même lorsque la loi ne la réclame pas. Toute prérogative contractuelle voit son exercice subordonné à une notification par laquelle le sujet passif est avisé de la décision du *potentior*. Une hypothèse seulement fait office d'exception : la mise en demeure lors de l'exercice de la clause résolutoire peut valoir notification définitive à l'attention du sujet passif au cas où l'inexécution aurait perduré à l'issue du délai²⁰¹³. Bien

²⁰⁰⁹ Art. 1^{er} C. civ. ; Cass. Civ. 26 janv. 1938, *D.* 1938. 147.

²⁰¹⁰ Cass. Civ. 3^e, 28 févr. 1984, *Bull. civ.* III, n° 52 : « la révocation du mandat n'est opposable au mandataire qu'au jour où celui-ci a eu connaissance de la volonté du mandant et non au jour où cette volonté s'est exprimée ». En l'espèce, le mandant avait révoqué le mandat par lettre recommandée le 31 décembre 1979, reçue par le mandataire le 8 janvier 1980.

²⁰¹¹ T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625 ; *AJ contrat* 2019. 433, F. BUY et J.-C. RODA ; *Dalloz IP/IT* 2019. 710, A. LECOURT ; *Contrat conc. consom.* 2019, n° 177, N. MATHEY.

²⁰¹² Sur la prérogative de renonciation à la condition, V. *supra*, n° 182 et s.

²⁰¹³ Dans le même sens, O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 576, note 463 : « rien ne s'oppose à un tel procédé si le

qu'une notification supplémentaire visant à informer le sujet passif que la résolution devient effective puisse s'apprécier comme acte de courtoisie, ce serait excès de zèle que de l'exiger sous peine de priver d'effet la prérogative. En revanche, dès lors que la clause résolutoire est stipulée « si bon semble » au créancier, la notification définitive redevient impérative²⁰¹⁴. De même lorsque les parties stipulent que la mise en demeure peut résulter du seul fait de l'inexécution. La notification se présente donc comme une condition inévitable. Sa forme reste, en revanche, à établir.

414. La forme de la notification. Signaler au sujet passif l'exercice de la prérogative contractuelle peut prendre de multiples formes. L'information peut être exigée par écrit ou être « libre », ce qui signifie qu'elle peut être communiquée à l'oral, ou encore être déduite du comportement. Il s'agit donc de savoir si des formes particulières sont imposées pour que la notification soit valablement réalisée. Il arrive que le contrat contienne une « clause de solennité »²⁰¹⁵ : c'est alors la volonté des parties qui édicte la forme que la notification doit prendre²⁰¹⁶. En outre, la disposition légale peut parfois préciser cette forme. Il en va ainsi de l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989²⁰¹⁷ qui dispose que « le congé doit être notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, signifié par acte d'huissier ou remis en main propre contre récépissé ou émargement ». La question de la forme de la notification de l'exercice de la prérogative ne se pose donc que lorsque la lettre de la disposition ou de la clause est silencieuse. C'est par exemple le cas de l'article 1226 du Code civil, qui se contente d'exiger que la notification comprenne les motivations du créancier, sans plus de précisions.

L'acte de notification n'est pas réglementé dans le Code civil. En revanche, lorsqu'elle concerne un acte de procédure, la notification est soumise aux articles 651 et 665 et suivants du Code de procédure civile²⁰¹⁸. La notification des actes de procédure « en la forme

créancier est décidé, dès la mise en demeure, à se séparer du contrat s'il n'est pas exécuté à temps. On observera *mutatis mutandis*, que les juges procèdent fréquemment de la sorte en décidant, dans le même jugement, d'octroyer un délai au débiteur et de prononcer par avance la résolution pour le cas où l'exécution n'aurait pas lieu dans le délai indiqué »

²⁰¹⁴ Sur ce type de clauses résolutoires, V. *supra* n° 316.

²⁰¹⁵ L'expression est issue de J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 25.

²⁰¹⁶ Par ex., Cass. Com. 3 oct. 2006, *Bull. civ. IV*, n° 204 ; *RTD civ.* 2007. 142, P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2008. 379, J.-C. HALLOUIN.

²⁰¹⁷ Loi n° 89-462, du 6 juil. 1989, *op. cit.*

²⁰¹⁸ La Cour de cassation a admis par le passé l'application de ces dispositions entre contractants dans des hypothèses extrajudiciaires, en particulier au regard de l'application du troisième alinéa de l'article 651. Celui-ci

ordinaire » n'est pas dénuée de formalisme²⁰¹⁹. On peut néanmoins douter de la pertinence de l'application des dispositions de ce code dans le silence de la loi. Conditionner l'exercice des prérogatives contractuelles à la notification en la forme ordinaire régie par les articles 665 et suivants du code de procédure civile paraît inadapté. L'article 667 dispose que la notification est faite par écrit (lettre simple), soit par voie postale soit par remise en main propre. L'application des formes de la notification des actes de procédure à la notification civile semble donc trop rigide. L'exigence d'un écrit correspond mal à la simplicité recherchée dans la prérogative contractuelle, sauf à ce qu'il soit expressément exigé²⁰²⁰. Dans le silence du législateur et du contrat, la liberté de la forme prévaut²⁰²¹. Par exemple, le paiement de l'indemnité prévue par la clause de dédit devrait suffire à prouver que le sujet passif, créancier de l'indemnité, a été avisé de l'exercice du dédit par son cocontractant. Adresser une demande de réitération de la vente par acte authentique au vendeur suffirait à l'acheteur pour prouver l'exercice de la prérogative de renonciation à la condition suspensive non encore défaillie stipulée dans son intérêt exclusif²⁰²². À ce sujet, la Cour de cassation décide que l'option d'une promesse unilatérale est régulièrement levée quand les promettants sont informés oralement par le biais d'un notaire alors que le contrat n'impose aucune forme particulière²⁰²³. La jurisprudence s'est même montrée particulièrement souple, en reconnaissant qu'un appel d'offre pouvait valoir notification implicite de rupture du contrat, ce qui va peut-être trop loin²⁰²⁴. Quoi qu'il en soit, le principe est celui de la liberté de la forme de la notification. L'exception, issue de dispositions ou de clauses contraires, est celle de la notification par écrit, éventuellement augmentée de solennités comme l'exigence d'une lettre recommandée avec accusé de réception.

La liberté de forme de la notification peut sembler avoir des effets néfastes pour le sujet passif. Ceux-ci sont néanmoins cantonnés par le renversement de la charge de la preuve de la

dispose, par raisonnement *a fortiori*, que « la notification peut toujours être faite par signification alors même que la loi l'aurait prévue sous une autre forme » (Cass. Civ. 3^e, 23 janv. 1991, *Bull. civ.* III, n° 36. Cass. Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 34). Toutefois, les juges du quai de l'Horloge en ont refusé le jeu en présence d'une clause de solennité, sur le fondement du caractère non contentieux de la notification (Cass. Com. 3 oct. 2006, *op. cit.*). Le contrat prévoyait que la préemption s'exerçait par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le préempteur réalise une assignation et fait valoir l'article 651, al. 3, du code de procédure civile. Son pourvoi est rejeté.

²⁰¹⁹ V. J. HERON et T. LE BRAS, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 6^e éd., 2015, n° 185.

²⁰²⁰ V. par ex. art. L. 313-12 C. mon. et fin.

²⁰²¹ Dans le même sens, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 259, p. 220 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, « art. 1226 ».

²⁰²² Sur la validité de la renonciation implicite, V. par ex. Cass. Com. 6 fév. 1996, n° 93-12.868, *op. cit.*

²⁰²³ Cass. Civ. 3^e, 19 déc. 2012, *Bull. civ.* III, n° 199 ; *AJDI* 2013. 861, F. COHET.

²⁰²⁴ Cass. Com. 6 juin 2001, *Bull. civ.* IV, n° 112 ; *RTD civ.* 2001. 587, J. MESTRE et B. FAGES.

notification qui s'impose. En vertu de l'article 1353 du Code civil, le sujet passif qui voudrait arguer du non-respect de la notification devrait le prouver, ce qui reviendrait à faire peser sur lui une *diabolica probatio*²⁰²⁵. Par conséquent, c'est sur le *potentior* qu'il faut faire peser la charge de la preuve, de même que c'est celui sur qui pèse un devoir d'information précontractuel de prouver son respect en vertu de l'article 1112-1, alinéa 4, du Code civil. Il incombe ainsi au *potentior* de démontrer qu'il a notifié l'exercice de la prérogative au sujet passif. Dès lors, la liberté de principe accordée au *potentior* quant à la forme choisie pour informer le sujet passif de sa décision de modifier la situation contractuelle n'empêche pas la rigueur du respect de cette condition. Le renversement de la charge de la preuve constituée, à ce titre, une contrainte indirecte favorable au sujet passif.

415. Irrévocabilité de la prérogative une fois la notification définitive reçue par le sujet passif. Si le *potentior* peut renoncer à sa prérogative contractuelle avant de l'avoir exercée²⁰²⁶, il ne doit pas être autorisé à se rétracter une fois sa mise en œuvre certaine. L'effet de la notification définitive est d'intégrer la modification dans le contenu contractuel, laquelle acquiert force obligatoire. Elle n'est plus, de ce fait, laissée au bon vouloir du *potentior*. Par conséquent, le sujet passif peut demander au juge de constater l'acquisition de la modification lorsque le *potentior* tente de se rétracter²⁰²⁷. L'effet automatique du droit d'option va en ce sens : le contrat définitif est parfait par la levée d'option. Ce n'est que par un *mutuus dissensus* qu'il pourrait être défait. L'irrévocabilité de l'exercice de la prérogative a été plusieurs fois affirmée en jurisprudence, à propos de l'exercice de la prérogative de rachat dans la vente à réméré²⁰²⁸ ou relativement à l'exercice d'une clause résolutoire²⁰²⁹. En effet, le titulaire de la prérogative n'est censé jouir d'une *potestas* illimitée ni dans ses formes, ni dans le temps. Autoriser le *potentior* à se rétracter une fois la modification acquise serait non seulement méconnaître la force obligatoire de l'effet de la prérogative mais aussi mettre le sujet passif à la merci de son cocontractant. Le *potentior* serait susceptible de se contredire au détriment du sujet passif au gré de ses besoins, même les plus changeants. L'adaptation que permet la prérogative n'est pas une invitation à l'inconstance. Elle doit être rationnelle et réfléchie, ce qui suppose qu'une fois énoncée, elle ne puisse plus être abandonnée. Ainsi, la

²⁰²⁵ V. J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953. 1 ; G. LARDEUX, « Preuve : les règles de preuve — Règles techniques », in *Répert. dr. civ.*, Dalloz, oct. 2018 (actu. juin 2019), n° 84 et s.

²⁰²⁶ V. *supra* n° 335.

²⁰²⁷ V. déjà *supra* chap. 4.

²⁰²⁸ Cass. Civ. 23 avr. 1909 ; *D.* 1911.I.438.

²⁰²⁹ Cass. Civ. 3^e, 6 sept. 2018, *op. cit.*

notification a pour conséquence de faire entrer la modification dans le champ obligatoire du contrat et d'empêcher la rétractation unilatérale de son auteur.

2) *La mise en demeure*

416. Exigence de la mise en demeure à titre de condition procédurale d'exercice de certaines prérogatives. La loi exige parfois que le *potentior* mette en demeure le sujet passif préalablement à l'exercice de sa prérogative contractuelle. Ces hypothèses concernent, pour l'essentiel, les prérogatives ayant pour rôle de sanctionner l'inexécution du débiteur. Ainsi, l'article 1225 relatif à la clause résolutoire impose la mise en demeure. Elle émane du *potentior*, à moins que la clause stipule qu'elle résulterait du seul fait de l'inexécution, ce que corrobore l'article 1344 du Code civil²⁰³⁰. Quant à la résolution par notification, l'article 1226 spécifie la condition de mise en demeure préalable et assortie d'un délai raisonnable, excepté en cas d'urgence. L'exigence d'une mise en demeure résulte également de l'article 1223 du Code civil, propre à la prérogative de réduction du prix. On peut s'étonner que l'exception à l'exigence de mise en demeure en matière de clause pénale ne soit pas reproduite²⁰³¹. Il faut admettre que l'exécution impossible, c'est-à-dire « l'inexécution irrémédiable »²⁰³², rend inutile la mise en demeure dans tous les cas²⁰³³. L'article 1307-1 du même code peut également être mentionné. La mise en demeure n'est toutefois pas exigée du *potentior* préalablement à l'exercice de sa prérogative mais doit être réalisée par le sujet passif en cas d'inertie du titulaire de la prérogative afin qu'il puisse lui-même la mettre en œuvre si l'inertie se prolonge. S'il s'agit bien d'une condition procédurale, elle n'est pas liée à la procédure d'exercice de la prérogative proprement dite mais à sa procédure d'acquisition. Elle peut également, dans une hypothèse analogue, entraîner la perte définitive de la prérogative. Par exemple, le non-exercice prolongé du droit d'option dépourvu d'un délai d'exercice peut, après mise en demeure, aboutir à l'extinction de la prérogative et du

²⁰³⁰ « Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, *si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation* » (nous soulignons). Cette disposition clôt le débat sur le caractère impératif des dispositions spéciales exigeant une mise en demeure. V. sur ce point J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *op. cit.*, spéc. p. 516.

²⁰³¹ Art. 1231-5 C. civ.

²⁰³² O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, *op. cit.*, « Art. 1231-5 C. civ. ».

²⁰³³ B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 209, p. 208 ; J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *op. cit.*, p. 516.

contrat de promesse²⁰³⁴. Ainsi, la mise en demeure peut incomber au *potentior* et permettre l'exercice de sa prérogative de sanction, ou être réalisée par le sujet passif à l'endroit du *potentior* lorsqu'il tarde dans l'exercice de sa prérogative, créant une situation d'attente prolongée.

417. Nature et fonction de la mise en demeure. La mise en demeure n'est pas une prérogative contractuelle. Bien qu'un auteur ait tenté de la caractériser comme un droit potestatif²⁰³⁵, il n'en est rien. « *En fait*, mettre quelqu'un en demeure, c'est lui notifier qu'on attend quelque chose de lui sans retard. *En droit*, une mise en demeure est l'acte par lequel on notifie à une personne ce que l'on croit être en droit d'attendre d'elle »²⁰³⁶. La mise en demeure évoquée ici ne « correspond pas parfaitement à la mise en demeure régie par les articles 1344 et suivants »²⁰³⁷ du Code civil, qui absorbe la sommation d'exécuter. Elle s'entend de « l'acte par lequel le créancier fait savoir au débiteur qu'il n'est plus disposé à attendre, ouvrant à ce dernier un ultime délai (chiffré ou non) avant que les sanctions de l'inexécution ne puissent être mises en œuvre »²⁰³⁸. La mise en demeure est une constatation : celle du retard dans l'exécution²⁰³⁹. Nul objet décisionnel donc, et nul effet modificateur sur une règle contractuelle. La notion de prérogative contractuelle n'est pas épuisée par le caractère unilatéral d'un acte. La mise en demeure constitue une catégorie particulière de notification par laquelle l'auteur informe autrui de ce qu'il y a « péril en la demeure », c'est-à-dire danger à tarder de s'exécuter²⁰⁴⁰. Elle fait courir un délai pendant lequel un temps nécessaire est laissé au débiteur pour s'exécuter en tenant compte de la nature et de l'importance des obligations²⁰⁴¹. L'acte juridique de la mise en demeure se traduit comme une demande pressante à l'égard du

²⁰³⁴ Cass. Civ. 4 avr. 1949, *op. cit.* ; Cass. Civ. 3^e, 24 avr. 1970, *op. cit.* Cependant, puisque ce cas de figure ne mène pas à l'exercice de la prérogative mais à son extinction par la renonciation du *potentior*, il ne sera pas davantage traité dans ces lignes, sinon afin d'illustrer les notions de mise en demeure et d'inexécution.

²⁰³⁵ N. H. MOGRABI, *La mise en demeure*, dir. D. TALLON, th. dactyl., Paris II, 1976, n° 300 et s., p. 121-123.

²⁰³⁶ N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, LGDJ, 3^e éd., 2019, n° 152.

²⁰³⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, *op. cit.*, p. 845.

²⁰³⁸ *Ibid.*

²⁰³⁹ B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 189, p. 196.

²⁰⁴⁰ Sur la nature historique de la mise en demeure, V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1086 : l'auteur se demande si la mise en demeure est « le signe d'une civilisation juridique primitive ou raffinée. On pourrait généraliser ainsi la controverse qui s'est élevée entre les interprètes du Droit romain : si la nécessité d'une *interpellatio* existait dès les origines ou si c'est seulement le sensible Justinien qui l'a introduite par bienveillance au débiteur. Cette dernière opinion tend aujourd'hui à prévaloir [...]. Pourtant, l'idée d'un avertissement solennel adressé au débiteur semble plus analogue au formalisme primitif. D'autant que les primitifs n'ont pas du temps un sentiment aussi précis que le nôtre. L'oubli est naturel aux débiteurs ».

²⁰⁴¹ Cass. Civ. 3^e, 5 juin 1991, *Bull. civ.* III, n° 163 ; *RTD civ.* 1992. 92, J. MESTRE. Ce délai fait également office de préavis à l'endroit du sujet passif, comme temps de prévenance face à la réalisation de la prérogative contractuelle, V. *infra*, n° 413.

cocontractant. « Toute mise en demeure porte en effet une prescription de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose »²⁰⁴² – c’est sa première fonction. La mise en demeure est alors « orientée vers l’exécution »²⁰⁴³. Ce faisant, une chance est offerte au contractant à qui elle est adressée de remédier à l’inexécution qui lui est reprochée. En outre, on lui attribue un caractère comminatoire : la mise en demeure constitue une menace de sanction au cas où l’inexécution perdure. Elle est alors « orientée vers l’inexécution »²⁰⁴⁴. L’exigence de mise en demeure permet d’inciter le cocontractant à renoncer au comportement qui lui est reproché en le prévenant du risque qu’il encourt. Cette seconde fonction lui confère sa place au sein conditions d’exercice des prérogatives qui constituent une réponse aux agissements du sujet passif. En effet, en matière de résolution judiciaire, l’interpellation du débiteur n’est pas requise, la citation du débiteur étant suffisante en principe²⁰⁴⁵. « Des raisons juridiques tenant à la nature judiciaire de la résolution expliquent le raisonnement. D’une part, le tribunal dispose d’un large pouvoir d’appréciation pour décider de l’opportunité d’une sanction qui n’est pas automatique²⁰⁴⁶. D’autre part, le débiteur a la possibilité de faire échec à la résolution en offrant sa prestation, même en cours d’instance »²⁰⁴⁷. On comprend dès lors l’exigence de mise en demeure en matière de résolution unilatérale, qui évince le pouvoir d’appréciation d’un tiers impartial et confère un temps plus court que celui du procès civil au débiteur pour régulariser sa situation. Les prérogatives de sanction de l’inexécution sont donc principalement visées. On comprend aussi le rôle que joue la mise en demeure face au changement de titularité que l’article 1307-1 du Code civil organise. Dans cette dernière hypothèse, ce n’est pas l’inexécution du débiteur qui bloque la bonne marche du contrat mais l’inaction du *potentior* : le non-exercice de la prérogative de choix de l’objet dans l’obligation alternative paralyse l’exécution du contrat. La fonction comminatoire de la mise en demeure s’avère alors nécessaire. De même, la Cour de cassation admet que le promettant, sujet passif d’un droit d’option dont l’exercice n’est pas assorti d’un délai, puisse mettre en demeure le bénéficiaire de l’exercer dans un délai raisonnable afin de réaliser la vente ou de retrouver la libre disposition de son bien²⁰⁴⁸. La mise en demeure constitue donc une information préventive

²⁰⁴² N. CAYROL, *Droit de l’exécution*, *op. cit.*, n° 153.

²⁰⁴³ R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », *op. cit.*, n° 18, p. 129

²⁰⁴⁴ *Ibid.*

²⁰⁴⁵ B. GRIMONPREZ, *De l’exigibilité en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 217, p. 214.

²⁰⁴⁶ X. LAGARDE, « Remarques sur l’actualité de la mise en demeure », *JCP G.* 1996.I.163, n° 4 : qui juge l’utilité de la mise en demeure à l’aune des pouvoirs dont le juge dispose dans la mise en œuvre de la sanction. La note est de l’auteur.

²⁰⁴⁷ B. GRIMONPREZ, *De l’exigibilité en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 217, p. 214.

²⁰⁴⁸ Cass. Civ. 4 avr. 1949, *op. cit.* Cass. Civ. 3^e, 24 avr. 1970, *op. cit.*

adressée au cocontractant par laquelle le *potentior* prévient le sujet passif de ce qui adviendra s'il ne remédie pas à l'inexécution. Par là même, il fait naître chez ce dernier une prévision.

La mise en demeure, en tant que formalité informative, est une émanation du principe de bonne foi. À cet égard, les articles 1225 alinéa 2 et 1126 alinéa 2 du Code civil imposent au *potentior* de mentionner les risques encourus si l'inexécution persiste : la mise en demeure doit ainsi préciser expressément la clause résolutoire ou la résolution unilatérale. Outre l'interpellation suffisante du débiteur, la sanction que le créancier menace de mettre en œuvre doit être mentionnée dans l'acte. Une mise en demeure n'en vaut pas une autre si bien que, dans l'hypothèse où l'inexécution persistante mènerait à l'exercice d'une prérogative contractuelle par le créancier, celle-ci doit être portée à la connaissance du sujet passif dans l'acte à peine d'être privée d'efficacité²⁰⁴⁹. On peut estimer de façon générale que, lorsque la mise en demeure constitue une condition d'exercice d'une prérogative contractuelle, la manifestation du *potentior* de s'en prévaloir en cas d'inexécution persistante doit être mentionnée. Il s'agit toujours d'introduire de la prévisibilité face au changement possible de la situation contractuelle. Ce faisant, elle ne survient pas par surprise mais s'annonce comme le résultat d'un processus dont les étapes étaient connues du sujet passif. Ainsi, par-delà la possibilité offerte au débiteur de respecter ses engagements, la mise en demeure a pour rôle de faire naître une prévision chez ce dernier de ce qu'il adviendra s'il s'obstine.

La prévision qui découle de la mise en demeure n'est pourtant pas univoque. Le rôle de la mise en demeure dans la clause résolutoire a montré qu'elle peut prendre deux sens distincts, selon la volonté des parties. Il arrive qu'elle lie le *potentior*, si bien que la décision de résoudre le contrat est prise par l'exercice de la mise en demeure. L'effet extinctif se produit de façon automatique lorsque l'inexécution est constituée au terme du délai de préavis. À l'inverse, la clause résolutoire stipulée « si bon semble » permet au *potentior* de reporter l'exercice de sa puissance décisionnelle postérieurement à l'exercice de la mise en demeure. La résolution du contrat reste une éventualité tant que la notification n'est pas advenue. La notion de processus décisionnel prend de l'intérêt dans cette hypothèse parce qu'elle exprime un stade préalable à son aboutissement, c'est-à-dire antérieur à la décision définitive. Dans les deux cas, cependant, la mise en demeure reste une condition formelle d'exercice de la prérogative : son irrespect engendre un dépassement du droit qui empêche le *potentior* de revendiquer l'acquisition de l'effet de la prérogative. En outre, il convient de respecter la

²⁰⁴⁹ Déjà en ce sens, Cass. Civ. 3^e, 11 juin 1986, *Bull. civ.* III, n° 92. Cass. Civ. 3^e, 1^{er} juin 2011, *Bull. civ.* III, n° 89 ; D. 2011. 2679, A.-C. MONGE ; p. 2891, P. DELEBECQUE.

volonté des parties lorsqu'elle est claire sur ce point : précisément, elle permet le respect de la prévision du sujet passif. La question se pose de la règle supplétive qui s'applique en l'absence de stipulations des parties. Sauf à ce que la lettre de la prérogative dissocie la réalisation des formalités d'exercice de l'exercice proprement dit, il paraît raisonnable d'assimiler les deux. La règle supplétive doit donc être celle de l'exercice unitaire de la puissance décisionnelle à la date de réalisation de la formalité d'exercice qui précède la réalisation de l'effet de la prérogative, soit la mise en demeure. De la sorte, tout sujet passif peut arguer de la réalisation de l'effet de la prérogative sans que le *potentior* puisse se rétracter. En cause, l'idée que la réalisation des conditions d'exercice a pour but de permettre au sujet passif de se préparer à la modification opérée²⁰⁵⁰. Ces conditions garantissent en quelque sorte la possibilité d'adaptation du sujet passif à l'adaptation du contrat. Au contraire, ce serait autoriser l'arbitraire que de laisser au titulaire de la prérogative la faculté de prendre des décisions successives contradictoires. Il convient donc d'établir la modalité de manifestation de la décision du *potentior* à l'égard du sujet passif, qu'elle résulte de la volonté des parties ou d'une règle supplétive. À l'issue de cette modalité, la décision est établie et la modification s'est ancrée dans la situation contractuelle.

418. Mise en demeure et inexécution. La mise en demeure, dans son usage le plus courant, est liée à l'inexécution du débiteur compte tenu de la prestation attendue par le créancier²⁰⁵¹. C'est en particulier le cas au regard de l'article 1223 du Code civil qui permet une réduction du prix proportionnelle à l'imperfection de la prestation exécutée qui en constitue la contrepartie. De nombreux exemples indifférents à l'étude des prérogatives contractuelles le confirment : les intérêts moratoires ne courent qu'à compter de la mise en demeure selon l'article 1344-1 du Code civil, par exemple. Au surplus, elle opère transfert des risques de la chose sur le débiteur mis en demeure de la livrer selon la disposition suivante. Enfin, la clause pénale ne peut être mise en œuvre sans mise en demeure préalable à moins que l'inexécution ne soit irrémédiable selon l'article 1231-5 du même code. Ainsi, la mise en demeure s'avère classiquement une formalité attachée au recouvrement de la créance. La clause résolutoire tempère toutefois cette acception en ce que son exercice est lié à l'inexécution de l'un des engagements listés. Rien n'exclut, par conséquent, que des engagements dénués de caractère

²⁰⁵⁰ V. sur ce point déjà, *supra*, n° 316.

²⁰⁵¹ V. par ex. R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », *op. cit.*, n° 1, p. 113 : qui définit la mise en demeure comme « l'interpellation par laquelle le créancier fait savoir au débiteur d'une obligation échue qu'il en attend le paiement ».

obligationnel puissent être inclus par les parties. En outre, une conception extensive de la notion d'inexécution doit être retenue, en particulier pour la mise en œuvre de la prérogative de résolution de l'article 1226 du Code civil²⁰⁵². Son exercice pourrait alors sanctionner des comportements déloyaux²⁰⁵³. Si l'unilatéralisme contractuel est conçu comme l'attribution d'une puissance dangereuse, sa répartition entre les mains de toutes les parties au contrat atténue cette menace. L'éventualité d'un exercice abusif de la prérogative pourrait alors être contrebalancée par la faculté conférée au sujet passif de résoudre unilatéralement le contrat par le biais de la prérogative de l'article 1226. Le caractère comminatoire de la résolution prendrait ainsi sa pleine dimension, sans que la paralysie du contrat devienne un risque sérieux. En effet, l'exigence de la gravité de l'inexécution endigue les menaces de résolution sans fondement. De ce fait, la mise en demeure manifesterait ici, non pas la volonté d'obtenir le paiement, mais l'exigence que le cocontractant fasse cesser son attitude déloyale. Par-delà la conception retenue de l'inexécution, les exemples de l'article 1307-1 du Code civil et de l'admission de la mise en demeure du bénéficiaire d'un droit d'option non assorti d'un délai²⁰⁵⁴ montrent que la mise en demeure n'est pas spécifique à la réclamation d'une créance²⁰⁵⁵. Ce faisant, l'apparente unité de l'acte juridique de la mise en demeure s'étioule face à la fonction que lui confère son auteur²⁰⁵⁶. Il s'agit, en réalité, de prévenir le cocontractant de ce qu'il risque à persister dans la voie qu'il a choisie. En revanche, la mise en demeure est dénuée d'intérêt lorsque l'exercice de la prérogative ne constitue pas une réponse aux agissements du cocontractant mais une adaptation à un changement de circonstances extrinsèques. C'est le cas, par exemple, de la prérogative de renonciation à la condition, de modification du prix ou encore de résiliation. Dans ces hypothèses, la notification est suffisante à titre des conditions d'expression de la décision.

²⁰⁵² V. *infra*, n° 470 et s.

²⁰⁵³ Sur la nature contractuelle du devoir de bonne foi, V. *infra*, n° 477 et s.

²⁰⁵⁴ Cass. Civ. 3^e, 24 avr. 1970, *op. cit.*

²⁰⁵⁵ V. N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, *op. cit.*, n° 160.

²⁰⁵⁶ En ce sens, R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », *op. cit.*, n° 1-3, p. 113-114, qui qualifie l'institution de « variable aléatoire », « frappée de discontinuité » ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 251, p. 212.

3) L'exigence de motivation

419. **La motivation.** « Motiver c'est parler, expliquer ; partant, permettre au destinataire d'accéder à la compréhension – qui n'est pas nécessairement approbation – ; et, de ce fait, échapper à la brutalité de l'arbitraire »²⁰⁵⁷. La motivation est effort d'intelligibilité, une « quête de légitimité »²⁰⁵⁸. Dans l'exercice de la prérogative contractuelle, elle se conçoit comme le reflet de la réflexion qui a mené à la décision et qui, exhibée, s'offre à la contemplation du sujet passif²⁰⁵⁹. Réservée au domaine des actes unilatéraux réceptices²⁰⁶⁰, elle connaît les plus amples développements dans le domaine des décisions judiciaires²⁰⁶¹. Elle est également traitée en matière d'actes administratifs unilatéraux pour lesquels la loi du 11 juillet 1979 a maintenu le principe de non-motivation tout en créant un large champ d'exceptions²⁰⁶². La motivation est parfois exigée à titre de condition d'exercice (a). Elle présente deux avantages majeurs. Comme technique de prévention de l'abus, elle oblige le *potentior* à prendre une décision rationnelle, cohérente avec la fonction de la prérogative dont il bénéficie. Comme technique de prévention des différends, elle rend la décision intelligible pour le sujet passif, qui est alors à même d'analyser les motifs et leur bien-fondé. Eu égard au caractère finalisé des prérogatives contractuelles, il faut s'interroger sur le contenu et le domaine de la condition de motivation (b).

a) Les applications de la condition de motivation

420. Dans les contrats de droit privé, la motivation est longtemps restée une question ignorée des auteurs²⁰⁶³. Du reste, on pouvait penser que la disparition de la cause du contrat dans l'ordonnance du 2016, avait entériné – à quelques exceptions près – « l'indifférence du

²⁰⁵⁷ L. AYNES, « Motivation et justification », *RDC* 2004. 555, p. 556.

²⁰⁵⁸ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », *op. cit.*, p. 75.

²⁰⁵⁹ V. aussi T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004. 579 : la motivation peut être définie comme « un discours rhétorique destiné à convaincre de la rationalité d'une décision générale ou particulière, par la présentation organisée de l'ensemble des considérations qui, selon son auteur, commande qu'il prenne telle option ».

²⁰⁶⁰ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », *op. cit.*

²⁰⁶¹ Le jugement doit être motivé (art. 455 C. proc. civ.), de même que la sentence arbitrale (art. 1482 C. proc. civ.).

²⁰⁶² Loi n° 79-587, complétée par le décret du 28 nov. 1983 et la loi du 17 janv. 1986, modifiée par la loi du 17 mai 2011 n° 2011-525. V. not. H. PAULIAT, « La motivation des actes administratifs unilatéraux », *op. cit.*, p. 55.

²⁰⁶³ V. X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », *op. cit.*, p. 73-74, qui constatait la carence des travaux sur ce point en 1998.

droit des contrats aux mobiles ou aux motifs »²⁰⁶⁴. C'était sans compter l'émergence d'une exigence de motivation à l'endroit de certaines prérogatives contractuelles, initiée par des dispositions spéciales et timidement reprise par la réforme du droit des contrats.

421. L'exigence de motivation dans les dispositions spéciales. Le domaine principal de l'exigence de motivation en droit privé réside dans le droit du travail, en particulier en ce qui concerne les décisions de l'employeur à l'égard du salarié²⁰⁶⁵. Le contrat de travail n'en est cependant pas le domaine exclusif. Avant la réforme du droit des contrats, des textes spéciaux exigeaient qu'une partie motive sa décision. Il en va ainsi du congé donné par le bailleur commercial²⁰⁶⁶ ou par le bailleur d'habitation²⁰⁶⁷, par exemple. Il est également d'usage de mentionner l'article 3-4 du règlement du 31 juillet 2002²⁰⁶⁸. Il impose au fournisseur qui résilie le contrat de distribution automobile de le lui notifier par écrit « en spécifiant les raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation afin d'éviter qu'un fournisseur ne résilie un accord vertical avec un distributeur ou un réparateur à cause de pratiques qui ne peuvent faire l'objet de restrictions dans le cadre du présent règlement »²⁰⁶⁹. D'autres dispositions, éparses, peuvent être citées. Ainsi, l'article L. 143-3 du Code rural et de la pêche maritime exige « à peine de nullité » que la SAFER justifie sa décision de préemption « par référence explicite et motivée à l'un ou plusieurs des objectifs » énoncés dans la disposition précédente²⁰⁷⁰. De même, l'article L. 113-12-1 du Code des assurances dispose que « la résiliation unilatérale du contrat d'assurance couvrant une personne physique en dehors de son activité professionnelle par l'assureur [...] doit être motivée »²⁰⁷¹. Ces exemples montrent que la motivation est, à l'origine, exigée à titre exceptionnel pour garantir la protection de

²⁰⁶⁴ *Ibid.*

²⁰⁶⁵ En matière de licenciement pour motif personnel, art. L. 1232-3 et L. 1232-6 C. trav. ; pour toute sanction disciplinaire, art. L. 1332-1 C. trav. ; en matière de licenciement économique, art. 1233-16 C. trav. ; V. not. F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC* 2004. 566 ; A. SUPIOT, « les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000. 132.

²⁰⁶⁶ Art. L. 145-9 C. com.

²⁰⁶⁷ Art. 15, I, Loi du 6 juil. 1989, *op. cit.*

²⁰⁶⁸ Règlement CE n° 1400/2002 du 31 juil. 2002

²⁰⁶⁹ La règle vise à vérifier que la résiliation n'est pas due à un refus de se soumettre à des pratiques anticoncurrentielles.

²⁰⁷⁰ L'article L. 143-2 C. rur. et p. m. énonce une liste de finalités positives permettant l'exercice valable du droit de préemption accordé par l'article L. 143-1 du même code. V. M. MEKKI, « Pas de préemption sans motivation : l'exemple du droit de préemption de la SAFER en matière environnementale », *RDC* 2012. 926, note sous Cass. Civ. 3^e, 28 sept. 2011, n° 10-15.008.

²⁰⁷¹ Quelle que soit la durée du contrat, l'article L. 113-12 C. ass. octroie à l'assureur et à l'assuré une prérogative de résiliation annuelle, qui ne se confond pas avec la prérogative de résiliation des contrats à durée indéterminée, issue de la prohibition des engagements perpétuels.

certaines parties contractantes préalablement identifiées comme étant en position de faiblesse, à l'image du salarié, du locataire, de l'assuré et du distributeur automobile.

422. L'exigence de motivation en droit commun des contrats. La réforme du droit des contrats a peu étendu le domaine de l'exigence de motivation. Seul l'article 1226, propre à la prérogative de résolution par notification, l'érige en condition préalable de l'exercice. Il impose au créancier-*potentior*, dans la notification d'exercice de la prérogative de résolution, d'exposer « les raisons qui la motivent ». Cette injonction pose la question d'une éventuelle redondance avec la mise en demeure. Celle-ci doit, en effet, mentionner l'inexécution et les conséquences que le créancier en tirera en cas de persistance. Il semble donc légitime de s'interroger sur l'autonomie du contenu de la motivation par rapport à celui de la mise en demeure : le constat de la prolongation de l'inexécution n'est-il pas une raison suffisante ? À cet égard, le *Projet Terré* de réforme du droit des contrats (art. 110) se distinguait de l'*Avant-Projet Catala* (art. 1158 al. 3) repris par l'ordonnance de 2016 (art. 1226). Il disposait que « le créancier doit prouver la gravité de l'inexécution, si celle-ci est contestée *a posteriori* » par le débiteur, sans prévoir de motivation préalable. Pourtant, l'exigence de motivation trouve au moins deux justifications. D'abord, l'inexécution qui permet l'exercice de la résolution par notification doit être grave. On en déduit que la motivation doit expliciter ce point en s'appuyant sur les circonstances de fait, tandis que la mise en demeure se contente de constater le manquement contractuel dans une perspective informative et comminatoire²⁰⁷². La motivation se rapproche alors d'une exigence de justification²⁰⁷³, en ce sens que « la motivation doit être utile, ce qui signifie qu'elle doit être, non seulement de nature à renseigner effectivement sur les motifs de l'acte, et surtout “adaptée au cas précis de l'intéressé” »²⁰⁷⁴. Ensuite, la résolution par notification est une prérogative de sanction. La pertinence de l'exigence de motivation pourrait ainsi résider dans la volonté d'assurer « un brin de contradiction et le respect des droits de la défense »²⁰⁷⁵. Le sujet passif se trouve devant le fait accompli, l'immédiateté de la décision le plaçant dans une situation délicate : « il est donc légitime qu'[il] puisse au moins s'appuyer sur une motivation

²⁰⁷² V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, *op. cit.*, « Art. 1226 C. civ. ».

²⁰⁷³ V. L. AYNES, « Motivation et justification », *op. cit.*, p. 555.

²⁰⁷⁴ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, *op. cit.*, n° 350, p. 282, qui cite CE, 24 juil. 1981, *Belasri*.

²⁰⁷⁵ D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *Rev. dr. Assas*, n° 19, déc. 2019, p. 32, n° 9, p. 36.

nette afin de pouvoir utilement contester la décision prise »²⁰⁷⁶. En réalité, l'exigence de motivation semble être le corollaire de l'unilatéralisme de la sanction. Le juge ne motive pas sa décision puisqu'il est exclu du processus ; c'est au *potentior* de le faire. On s'interroge, par conséquent, sur l'absence de condition de motivation dans la clause résolutoire et dans la prérogative de réduction du prix, à titre supplétif de volonté tout du moins. Elle serait bienvenue.

La motivation a également été consacrée comme exigence postérieure à l'exercice de la prérogative en cas de contestation par le sujet passif en vertu des articles 1164 et 1165 du Code civil. À l'appui de cette règle, les auteurs ont pu invoquer la « souplesse, indispensable si l'on songe que dans une relation de longue durée qui voit se succéder à grande fréquence des contrats d'application, il serait trop fastidieux de devoir produire à chaque fois un document motivé »²⁰⁷⁷. On pourrait cependant opposer à cet argument que sa pertinence en matière de contrats cadre ne vaut pas pour les contrats de prestation de service. D'autre part, la fixation du montant n'est pas censée être hasardeuse si bien que le *potentior* n'a qu'à faire connaître au sujet passif le travail qu'il a nécessairement réalisé pour évaluer le prix, ce qui n'a rien de très fastidieux. À ce titre, le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 précise que la charge de motivation signifie « exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties »²⁰⁷⁸. Monsieur Hamelin estime que « dans ces hypothèses il faut partir du principe que la concorde règne entre les parties et, la suspicion n'étant pas de mise, la confiance supplée à la transparence. L'exécution du contrat y gagne en simplicité et célérité »²⁰⁷⁹. Par opposition, la prérogative de résolution par notification consomme une rupture à titre de sanction. Il est donc logique de poser la motivation comme condition d'exercice, la discorde étant alors avérée. Ainsi, la

²⁰⁷⁶ *Ibid.* Rappr. H. PAULIAT, « La motivation des actes administratifs unilatéraux », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Nationales*, T. III, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 49, spéc. p. 67-68, qui cite G. DUPUIS, « Les motifs des actes administratifs », *EDCE*, 1974-1975, p. 13, spéc. p. 31 : « Il est des cas où exiger la motivation est dépourvu de tout fondement. Curieusement, il s'agit d'abord des actes qui ne peuvent être pris que sous réserve de l'exercice normal des droits de la défense. Bien entendu, il est apparemment séduisant de les considérer comme un "bloc" relativement homogène qui précisément appellerait, outre l'exercice des droits de la défense, la motivation expresse... Cette position semble erronée. S'agissant de telles mesures, le dialogue a été engagé entre l'auteur de l'acte et ses destinataires ; par conséquent le requérant a connaissance des motifs de la décision ou du refus de les lui communiquer... Pas de motivation pour les actes administratifs soumis au principe du respect des droits de la défense, telle est la conclusion qui s'impose ».

²⁰⁷⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, *op. cit.*, « Art. 1164 ».

²⁰⁷⁸ V. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016...*, *op. cit.*, Chap. II, section 2, sous-section 3.

²⁰⁷⁹ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *op. cit.*, p. 519.

motivation requise en cas de contestation permettrait, sans provoquer par avance de défiance, d'éviter un contentieux automatique en donnant au sujet passif une chance de comprendre le bien-fondé de la décision de son cocontractant et d'évaluer ses chances de gagner le procès, voire d'entamer une discussion entre les parties. La motivation n'est pas loin, alors, d'un mode de règlement amiable du litige imposé aux parties à titre préalable. Elle renvoie en tous cas à une étape de la contestation, à la charge du *potentior* et sur laquelle le sujet passif peut s'appuyer pour démontrer que l'exercice de la prérogative est fautif.

Si la motivation peut être formellement exclue par les parties²⁰⁸⁰, elle peut également être imposée par une stipulation contractuelle. La jurisprudence a pu déduire une exigence de motivation formelle de la clause contenue dans un bail commercial qui stipulait que l'agrément du bailleur à la cession ne pouvait être discrétionnaire et devait revêtir un caractère légitime²⁰⁸¹. En d'autres termes, la vérification du caractère légitime et non discrétionnaire du refus de l'agrément imposait d'alléguer les motifs du refus dans la notification. Au-delà de cet exemple, le sujet passif peut exiger du *potentior* qu'il motive sa décision en amont de sa mise en œuvre. Ce faisant, il s'assure que la prérogative sera exercée conformément à la finalité qui a guidé sa stipulation dans le contrat.

423. Charge de la preuve de la motivation formelle. L'exigence de motivation formelle déplace, dans une certaine mesure, la charge de la preuve. Quant à démontrer le respect de l'exigence de motivation, indépendamment de son contenu, la charge de la preuve doit incomber au *potentior*. La solution inverse reviendrait à faire peser sur le sujet passif la charge de prouver un fait négatif, soit l'absence de motivation formelle²⁰⁸². En revanche, la charge de la preuve doit revenir au sujet passif lorsqu'il entend démontrer l'inconsistance ou le caractère fallacieux du contenu de la motivation formelle, c'est-à-dire des motifs exprimés dans l'acte de motivation. Quant au fond, le contrôle des motifs invoqués dans la motivation formelle rejoint celui des motifs exprimés en dehors de toute motivation. En ce sens, exiger du *potentior* une motivation formelle ne revient pas à poser une présomption de mauvaise foi

²⁰⁸⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 3 avr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 98, *op. cit.*

²⁰⁸¹ En ce sens, Cass. Civ. 3^e, 9 mai 2019, n° 18-14.540 : les juges concluent que l'absence de motivation caractérise un abus du droit de refuser l'agrément, et non un exercice irrégulier. V. égal. Cass. Com. 2 juil. 2002, n° 01-12.685 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Motivation et agrément », *RDC* 2003. 152. L'arrêt est toutefois équivoque sur le fondement de l'exigence de motivation, qui s'appuie sur les « engagements contractuels » au visa de l'article 1382 ancien du Code civil.

²⁰⁸² V. J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *loc. cit.* ; G. LARDEUX, « Preuve : les règles de preuve — Règles techniques », *loc. cit.*, n° 84 et s.

à son endroit²⁰⁸³. Ce dernier n'a pas, en cas de litige, à démontrer la véracité et l'efficacité des motifs exprimés sans que le sujet passif ait préalablement entendu prouver l'inverse. Ainsi dans l'hypothèse d'une motivation formellement respectée, mais dont on suspecte des motifs fallacieux ou inconsistants, il reviendra au sujet passif la charge de les discuter.

En dehors des stipulations contractuelles, l'exigence de motivation légale ne connaît que des applications ponctuelles. Ce constat étonne : « le succès de l'obligation de motivation s'ordonne autour de la multiplication des pouvoirs finalisés des contractants »²⁰⁸⁴. Les prérogatives contractuelles ayant été décrites comme des droits fonctionnels, soumise à la condition de bonne foi téléologique, il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'une généralisation de l'exigence de motivation. Celle-ci a rencontré un fort succès doctrinal ces dernières années. Elle présente des avantages indéniables, sans être exempte d'inconvénients.

b) Domaine de l'exigence de motivation

424. **Avantages et inconvénients de l'exigence de motivation.** « L'émergence de [l'exigence de motivation] en droit des contrats accompagne [...] logiquement la place accrue prise par l'unilatéralisme dans cette matière, celle-ci étant rendue nécessaire par l'étalement des contrats dans le temps »²⁰⁸⁵. La motivation a pour vertus essentielles de conduire auteur et destinataire de l'acte à la compréhension des raisons de la décision. « La motivation remplit, en effet, une double fonction. Au destinataire de l'acte, elle communique les raisons de celui-ci, lui permettant d'en percevoir la rationalité, de le comprendre – c'est-à-dire de l'accepter intellectuellement – et de mesurer qu'elle résistance il peut lui opposer. Mais à l'agent, elle évite l'impulsion, l'obligeant à formuler, c'est-à-dire à poser devant lui, à rendre objectives, partant à jauger, les causes de sa décision. Elle l'oblige à se dédoubler et à se mettre, ne serait-ce qu'un instant, à la place du destinataire de son acte »²⁰⁸⁶. En effet, la motivation « impose une pédagogie de la décision propre à renforcer la légitimité de l'acte ; la justification facilite la compréhension, sinon la concertation, et l'on peut espérer que l'acte pris aux dépens du tiers sera mieux accepté par ce dernier qui éventuellement aura pu en discuter le contenu »²⁰⁸⁷. La motivation participe alors de la « rationalité procédurale », vue par

²⁰⁸³ Comp. D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004. 558, spéc. n° 8, p. 561.

²⁰⁸⁴ J.-B. SEUBE, « L'obligation de motivation et la rupture du bail commercial », *RDC* 2006. 761.

²⁰⁸⁵ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation », *op. cit.*, n° 23, p. 327.

²⁰⁸⁶ L. AYNES, « Motivation et justification », *op. cit.*, p. 557.

²⁰⁸⁷ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », *op. cit.*, p. 78.

les théories économiques comme modèle de prise de décision idoine²⁰⁸⁸. Cette invitation à la pensée réflexive se révèle être une technique préventive du détournement de la prérogative. La dimension prophylactique de la motivation ne protège pas de tous les maux ; il faut y prendre garde : « un acte peut être juste quoique non motivé. Il peut être motivé avec un luxe de détails mais injuste »²⁰⁸⁹. En conséquence, motivation et loyauté ne se confondent pas, loin s'en faut. Néanmoins, la motivation, lorsqu'elle n'enraye pas l'abus, facilite le règlement des différends²⁰⁹⁰. D'abord, elle favorise la possibilité d'une discussion entre les contractants dans la mesure où elle circonscrit les termes du débat. La motivation peut aboutir à une concertation par laquelle les contractants trouvent une issue au conflit sur le point de naître. Ensuite, lorsque le conflit est cristallisé, la motivation remplit d'autres fonctions. D'une part, « elle permet au principal destinataire de l'acte de préparer sa défense » et, d'autre part, « elle facilite le contrôle des motifs par le juge »²⁰⁹¹. Ainsi, de façon générale, « en obligeant à fonder les décisions sur des motifs acceptables, puisque communiqués, [la motivation] conduit à écarter *a priori*, et à censurer *a posteriori*, les justifications condamnables parce que capricieuses, dolosives, discriminatoires, etc. Il en résulte mécaniquement une civilisation des comportements »²⁰⁹². Les bienfaits de la motivation n'excluent pas, cependant, ses défauts. D'abord, l'efficacité de la prévention de la mauvaise foi est relative. Un auteur a rappelé combien elle était aisée à contourner, « par une motivation mensongère, incomplète ou imprécise »²⁰⁹³. En outre, la motivation gêne par ce qu'elle suppose de transparence qui, « souvent légitime, devient excessif lorsqu'il est obligation de tout dire, et une part de secret et d'opacité est nécessaire dans les relations humaines »²⁰⁹⁴. On peut donc lui opposer « le droit au secret et à l'intimité de la délibération, condition de la liberté de la personne. Que serait un monde où chacun devrait à tout moment agir, et publier les raisons de son action ? Un monde de bavards et de voyeurs, vite paralysé. Ajoutons que certains motifs sont indicibles, ceux qui affectent le plus profondément la relation à autrui : confiance et défiance, amour et

²⁰⁸⁸ V. *supra*, n° 168.

²⁰⁸⁹ L. AYNES, « Motivation et justification », *op. cit.*, p. 555.

²⁰⁹⁰ En ce sens not. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 426, p. 346.

²⁰⁹¹ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », *op. cit.*, p. 78.

²⁰⁹² T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *op. cit.*, n° 2, p. 581.

²⁰⁹³ Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 207, p. 289.

²⁰⁹⁴ M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004. 573, p. 575. Dans le même sens, R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », *Lamy Dr. civ.*, n° 89, 1^{er} janv. 2012, p. 91 : « On ne s'étonnera pas, dès lors, de l'intérêt que peut susciter aujourd'hui la motivation [...] dans une société dominée par une idéologie du tout dire, du tout savoir, du tout justifier, une société de la transparence et du contrôle. [...] il n'est pas sûr, d'une manière plus pessimiste peut-être, qu'elle fasse bon ménage avec la liberté ».

haine... »²⁰⁹⁵. Il faut adjoindre à cela la contradiction de la motivation avec le secret des affaires : « la vie économique, le fonctionnement des marchés, exigent que les agents puissent doser ce qu'ils entendent révéler ou cacher, dans une démarche stratégique dont ils ont la maîtrise »²⁰⁹⁶. Ainsi, la motivation s'avère « justifiée pour les choses publiques, moins justifiée pour les affaires privées où elle prend alors les allures d'une immixtion »²⁰⁹⁷. La considération des qualités et des défauts de l'exigence de motivation a conduit les auteurs à faire différentes propositions concernant le domaine qu'elle devrait recouvrir.

425. Propositions doctrinales relatives au domaine de l'exigence de motivation *de lege feranda*. Les opinions divergent quant à l'étendue qui devrait être accordée à cette exigence. Pour certains auteurs, la motivation devrait prendre place dans les contrats irrigués par une relation de dépendance entre les parties. Madame Fabre-Magnan rappelle à ce propos que si la dépendance est le plus souvent tirée de la nature du contrat, elle peut également être circonstancielle : tel est le cas du contrat dont la conclusion a nécessité de faire des investissements importants pour l'une des parties²⁰⁹⁸. Monsieur Revet estime, pour sa part, que l'obligation de motivation « ne saurait être imposée dans les situations contractuelles où la faculté de l'un ou l'autre de pratiquer l'unilatéralisme ne s'inscrit pas dans un schéma de relation inégalitaire »²⁰⁹⁹. Selon d'autres auteurs, l'exigence de motivation est relative à la nature de certains droits, indépendamment du contexte. Monsieur Wicker estime ainsi que « le contrôle de l'exercice du pouvoir se justifie par les seuls mécanismes de la technique contractuelle indépendamment de l'existence éventuelle d'une relation de dépendance entre les parties »²¹⁰⁰. La nature des droits qui devraient être concernés par l'exigence de motivation et les justifications qu'on y apporte varient là encore selon les auteurs. Pour Monsieur Aynès, la motivation devrait être réservée aux actes unilatéraux réceptifs qui privent leur destinataire d'un droit : « rupture avant terme d'un lien juridique, modification unilatérale, refus d'agrément d'une cession, lorsque le contrat est cessible, refus de renouvellement,

²⁰⁹⁵ L. AYNES, « Motivation et justification », *op. cit.*, p. 556.

²⁰⁹⁶ L. AYNES, « Motivation et justification », *op. cit.*, p. 556. Adde P. MALAURIE, « Le secret et le droit, *Une petite anthologie littéraire* », in *Mélanges C. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 103, spéc. n° 3, p. 104 : « On n'a pas le droit de tout savoir ; on n'a pas l'obligation de tout dire ; on n'a ni l'obligation de transparence générale, ni le devoir généralisé d'information ».

²⁰⁹⁷ X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », *op. cit.*, p. 74.

²⁰⁹⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *op. cit.*, p. 576.

²⁰⁹⁹ T. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *op. cit.*, n° 9, p. 587. V. égal. D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *op. cit.*, n° 11, p. 37.

²¹⁰⁰ G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », *op. cit.*, n° 34, p. 171.

lorsqu'il existe un droit au renouvellement...En revanche, l'acte unilatéral qui ne prive pas autrui d'un droit n'a pas à être motivé : acceptation ou refus de contracter, refus de renouveler un contrat, exercice d'une option... »²¹⁰¹. Selon Monsieur Ferrier, c'est « l'existence d'un pouvoir juridique qui engendre le devoir de motiver son exercice : l'auteur de l'acte doit mettre le destinataire en mesure de vérifier qu'il a été exercé au moins partiellement dans son intérêt²¹⁰². Monsieur Houtcieff considère que « l'unilatéralité, l'immédiateté et la gravité de la décision paraissent pouvoir constituer des critères » de l'exigence de motivation à titre de formalité d'exercice²¹⁰³. Pour une autre partie de la doctrine encore, la motivation s'apparente *in fine* à une fausse bonne idée. Monsieur Cabrillac invite à se méfier des « effets de mode » et met en garde contre la « dangereuse contagion [de la motivation] à toutes les manifestations de volonté unilatérale au sein des relations contractuelles »²¹⁰⁴. Dans le même sens, Monsieur Fages affirme qu'en dépit du contrôle de la mauvaise foi, la majorité des choix contractuels « n'en demeurent pas moins allergiques, par définition, à un contrôle judiciaire de leurs ressorts intimes »²¹⁰⁵. La littérature récente sur l'exigence de motivation reflète donc un certain scepticisme, dont les causes paraissent variables mais ne se contredisent pas nécessairement. Leur confrontation permet d'évaluer l'opportunité d'étendre l'exigence de motivation à toutes les prérogatives contractuelles.

426. De l'opportunité d'étendre l'exigence de motivation. Le contenu de la motivation doit répondre à certaines exigences. À cet égard, l'analogie avec le droit du travail est permise. Les critères requis pour la motivation de l'employeur peuvent en effet être exploités. L'étude de la jurisprudence de la Chambre sociale montre que la motivation imposée doit être utile²¹⁰⁶. Pour ce faire, les motifs exposés dans la motivation doivent être précis, objectifs et par là même vérifiables²¹⁰⁷. Autrement dit, le contenu de la motivation doit faire émerger la correspondance des circonstances de fait aux conditions et finalités du droit. À ce titre, le simple rappel des conditions d'existence ou d'exercice de la prérogative dans la

²¹⁰¹ L. AYNES, « Motivation et justification », *op. cit.*, p. 557.

²¹⁰² D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », *op. cit.*, spéc. n° 6, p. 560.

²¹⁰³ D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *op. cit.*, n° 10, p. 37 : la gravité s'entend alors de la sanction qui place le sujet passif devant le fait accompli de la fin du contrat. Résolution par notification et clause résolutoire seraient donc les deux prérogatives qui pourraient mobiliser utilement l'exigence formelle de motivation.

²¹⁰⁴ R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », *op. cit.*, p. 97.

²¹⁰⁵ B. FAGES, « Des motifs de débat... », *RDC* 2004. 363, spéc. p. 365.

²¹⁰⁶ Ce critère ressort également de l'analyse de la motivation des actes administratifs unilatéraux. V. H. PAULIAT, « La motivation des actes administratifs unilatéraux », *op. cit.*, p. 59-60.

²¹⁰⁷ En ce sens Cass. Soc. 23 mai 2000, *Bull. civ.* V, n° 193.

motivation s'avère superfétatoire²¹⁰⁸. La seule mention d'une grave inexécution du débiteur par référence à l'article 1226 du Code civil pour motiver la résolution par notification serait donc infructueuse car insuffisante²¹⁰⁹. Dans le même sens, le bailleur ne peut se contenter, pour donner congé, d'un rappel des conditions d'existence de son droit au congé : il devra détailler par des faits précis et vérifiables à quelle condition répond sa situation. L'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 précise d'ailleurs qu'en cas de congé justifié par la reprise du logement par l'une des personnes énumérées, le bailleur doit indiquer dans sa motivation les nom et adresse du bénéficiaire de la reprise ainsi que la nature du lien qui existe entre eux²¹¹⁰. C'est à ce prix que la motivation s'extirpe de la simple redondance des conditions légales ou contractuelles qui expriment la finalité de la prérogative, pour devenir utile par la démonstration de la correspondance de la situation de fait à ces conditions.

Afin de remplir efficacement son rôle, donc, la motivation doit exprimer, dans son contenu, des mobiles vérifiables. Ce critère exclut les prérogatives dont l'exercice peut valablement reposer sur des mobiles subjectifs et par là même invérifiables. Rares sont les prérogatives assorties d'une finalité positivement identifiée, pour lesquelles les ressorts intimes ne sont pas des motifs recevables. La résiliation unilatérale, le droit d'option, le choix dans l'obligation alternative, la renonciation à la condition pendante, la reconduction unilatérale peuvent, par exemple, faire l'objet d'un « exercice sentimental » sous la seule réserve de la poursuite d'une finalité prohibée. Ces prérogatives peuvent être exercées par lassitude, par espoir, par regrets ou par remords : autant de sentiments qu'il n'est pas possible de vérifier. Cette limite, fondée sur la subjectivité permise de la décision, trouve d'ailleurs à s'exprimer depuis longtemps dans la distinction entre la vente à l'essai et la vente à la dégustation. Tandis que la première repose sur une appréciation objective de la chose et serait ainsi susceptible d'être limitée par une exigence de motivation, la seconde a trait au goût de l'acheteur et repose sur une appréciation subjective qui évince par essence toute motivation. Ainsi, seules les prérogatives dont l'exercice doit prendre appui sur des mobiles objectifs peuvent faire l'objet d'une

²¹⁰⁸ Par ex. Cass. Soc. 20 janv. 1993, *Bull. civ.* V, n° 17.

²¹⁰⁹ En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.*, n° 6, p. 309 : « La motivation a à voir avec la cause d'un acte et, comme celle-ci, peut renvoyer dans deux directions. La cause peut d'abord être un élément d'imputation, c'est-à-dire une raison chronologiquement antérieure déclenchant une conséquence, par exemple précisément l'inexécution permettant la résolution du contrat. Mais ce sens ne nous semble pas ici pertinent et la cause est alors en réalité une forme de condition. L'obligation de motivation nous semble mettre en œuvre la cause comme finalité de l'acte, du contrat par exemple. On sait en effet, depuis au moins Aristote déjà, que la finalité est une forme de la causalité. En ce sens, la motivation renvoie au mobile de l'acte que le droit français rattache précisément à la cause [...]. Seule donc nous intéresse ici la motivation comme justification discursive de la finalité ».

²¹¹⁰ Art. 15, I, Loi du 6 juil. 1989, *loc. cit.*

exigence de motivation. Ces mobiles ne sont pas aisés à déterminer abstraitement. Ils se déduisent de la lettre de la disposition ou de l'esprit de la prérogative. La clause de fixation unilatérale du prix est concernée, ainsi que les prérogatives de sanction. La prérogative de réduction du prix devrait, on l'a vu, faire l'objet d'une telle condition par analogie avec la prérogative de résolution par notification. De même, il est envisageable d'astreindre le *potentior* d'une clause résolutoire à la motivation, sauf à ce que la stipulation éradique cette formalité. La nature des prérogatives peut, de surcroît, être orientée en fonction de leur contexte, c'est-à-dire du type de situation contractuelle dans laquelle elles s'inscrivent. Si les mobiles de la décision de résiliation unilatérale relèvent en principe de l'intime, il est possible de rendre son exercice objectif compte tenu du rapport qui existe entre les parties. C'est, par exemple, ce qui est prévu en matière de résiliation du contrat d'assurance par l'article L. 113-12-1 du code des assurances, ou dans le domaine des contrats de distribution automobile par l'article 3-4 du règlement du 31 juillet 2002²⁰⁰¹. Rien n'empêche, donc, de limiter les motifs valables d'exercice de la prérogative par la partie forte d'une situation d'adhésion et d'y ajouter une exigence de motivation. Cette voie semble d'ailleurs opportune. En revanche, dans l'hypothèse où la motivation exigée fait obstacle au secret des affaires, il paraît préférable de recommander aux parties d'exclure cette formalité. Il leur appartient d'apprécier la confidentialité des raisons qu'ils peuvent mobiliser dans l'exercice du contrat.

En définitive, le principal intérêt de la motivation paraît résider dans l'injonction qui est faite au *potentior* d'énoncer les raisons qui le poussent à agir. Les exprimer le contraint à se confronter à lui-même. Si la motivation ne peut pas être étendue à l'ensemble des prérogatives contractuelles, elle pourrait être davantage développée. Elle peut être généralisée à toutes les prérogatives dont l'exercice ne peut pas s'appuyer sur des motifs purement subjectifs, soit en raison de la nature de la modification autorisée, soit en raison du rapport contractuel déséquilibré. Surtout, l'efficacité de la motivation porte moins sur sa réalisation formelle que sur le contrôle de son contenu.

427. Valeur de la motivation formelle. L'une des questions essentielles relatives à la motivation formelle est celle de sa valeur lors du procès. Il s'agit de savoir si la motivation fixe par son contenu, de manière intangible, l'examen des motifs de la décision. La doctrine est divisée sur ce point. Selon Monsieur Houtcieff, « le souci de protection du débiteur soumis à la résolution et l'exigence d'égalité des contractants paraissent [...] justifier que le créancier

²⁰⁰¹ Règlement CE n° 1400/2002 du 31 juil. 2002, *loc. cit.*

s'en tienne – une bonne fois pour toutes – aux motifs qu'il a exprimés. La motivation paraîtrait sinon vidée de sa substance : l'invocation artificielle d'un motif sans fondement suffirait à temporiser jusqu'au jour de convaincre le juge »²¹¹². À l'inverse, Monsieur Stoffel-Munck estime que la motivation pourrait avoir pour simple fonction, en droit civil, de « donner au destinataire un premier aperçu de la solidité de la décision prise à son encontre de manière à lui permettre d'évaluer l'intérêt d'une contestation ou de s'en prévaloir dans les relations avec ses tiers, indirectement concernés par cette décision ou par ses motifs. Cette dernière solution paraît plus sage [...] D'une part, elle permet de résilier avec des motifs suffisants, quoique incomplets, permettant d'éviter de tout dire, même les choses les plus inutilement désagréables. D'autre part, elle permet de résilier sans attendre d'avoir à constituer un “dossier” complet, laissant la possibilité de ne pas évoquer les griefs que l'on soupçonne et dont l'on ne se prévaut qu'au besoin et avec le secours des mesures d'instruction. De troisième part, elle correspond au rythme dans lequel bien des résolutions unilatérales s'inscrivent : l'urgence ou l'agacement peuvent conduire une partie à résilier sur la base de raisons qui lui paraissent suffisantes, même si elle sent qu'il en existe d'autres qu'elle n'a pas encore verbalisées. Elle devra fournir cet effort plus tard si le juge lui en demande compte »²¹¹³. Ces derniers arguments sont convaincants. Il est vrai, cependant, que le droit du licenciement confère pleine valeur à la motivation de l'employeur. Elle fixe les limites du litige : celui-ci ne peut invoquer d'autres motifs que ceux qu'il a notifié au salarié dans la lettre de licenciement²¹¹⁴. Toutefois, il ne serait pas pertinent de transposer à tous les contractants la protection du salarié ; elle est le fruit de l'asymétrie du rapport avec l'employeur. Outre l'élaboration du contenu contractuel, le déséquilibre des forces entre les parties a une incidence sur la capacité psychologique et parfois matérielle à engager un contentieux judiciaire. Fixer le cadre du litige permet à la partie faible d'envisager plus sereinement l'hypothèse d'un litige. Par ailleurs, donner simple valeur indicative à la motivation dans les rapports d'adhésion contreviendrait à la logique disciplinaire des charges imposées à la partie forte. À l'inverse, une telle protection ne paraît pas nécessaire en l'absence d'un rapport de force déséquilibré. Dans les situations contractuelles de gré à gré, tout n'a pas à être formulé dans l'immédiat ; tout ne peut pas être dit quelques fois. Ce n'est qu'en dernier recours que l'exposé des motifs prend place dans une perspective contentieuse. Une distinction peut alors être opérée selon le type de situation contractuelle en cause. Dans

²¹¹² D. HOUTCIEFF, « La motivation en droit des contrats », *op. cit.*, n° 14, p. 38.

²¹¹³ P. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : questions en suspens », *op. cit.*, p. 67.

²¹¹⁴ Cass. Soc. 20 mars 1990, *Bull. civ. V*, n° 124. Cass. Soc. 13 nov. 1991, *Bull. civ. V*, n° 491.

les situations d'adhésion, la motivation formelle à la charge de la partie forte devrait fixer les limites du litige. Ce serait par exemple le cas de la résiliation du contrat d'assurance par l'assureur en vertu de l'article L. 113-12-1 du Code des assurances. En revanche, dans les situations contractuelles de gré à gré, la motivation n'aurait qu'une valeur indicative. Le *potentior* à l'origine de la résolution par notification de l'article 1226 du Code civil, ou celui de la fixation du prix des articles 1164 et 1165 pourrait apporter de nouveaux mobiles lors du procès en sus de ceux évoqués dans la motivation.

Les conditions formelles exposées permettent donc au sujet passif d'être informé de la décision du *potentior* et de ses raisons. Il lui faut également être prévenu à temps pour se préparer à la modification qui va survenir.

B. L'acclimatement du sujet passif

428. Le délai de préavis est un avertissement qui permet au sujet passif de se préparer à la modification à venir. Avisé par avance de la réalisation de la prérogative, il est mis en mesure d'agir conformément à ses intérêts. Cette fonction n'est pas toujours utile, cependant ; elle est même parfois indésirable compte tenu de l'urgence de la modification (1). Ce temps de prévenance accordé au sujet passif pousse à s'interroger sur la nécessité d'imposer une exigence de concertation. La discussion contradictoire permet de comprendre les besoins du *potentior* et de faire valoir ses arguments. Des solutions d'adaptation peuvent être trouvées en commun. Cependant, cette formalité n'est pas de droit positif. La loi ne la prévoit pas en matière d'exercice des prérogatives contractuelles. Les parties peuvent, en revanche, la stipuler (2).

1) Les délais de préavis

429. **Définition et finalités du préavis.** Né de l'Ancien droit et affecté à la rupture unilatérale de certains contrats à l'origine²¹¹⁵, le préavis a été défini comme « l'acte juridique unilatéral par lequel une partie avise son cocontractant, un certain temps à l'avance, de toute mesure qui prendra effet à l'expiration du délai »²¹¹⁶. Appliqué aux prérogatives contractuelles, le délai de préavis est le temps qui court entre la notification de la décision à l'attention du sujet passif et la réalisation effective de la modification sur la situation contractuelle. Le délai de préavis est donc un délai de prévenance²¹¹⁷ à l'égard du sujet passif, une fois ce dernier informé de l'exercice de la prérogative par le biais de la notification. Selon l'analyse de Monsieur Sonet, le préavis n'est dû que lorsque la mesure qui découle de l'avis peut être imposée au destinataire sans son acceptation. En effet, « un acte juridique unilatéral est une condition nécessaire du délai de préavis »²¹¹⁸ : la prérogative contractuelle est sans aucun doute concernée compte tenu de son objet décisionnel. Le préavis consiste donc à imposer, durant un certain temps, la continuité de l'exécution de la situation contractuelle dans les règles prévues et applicables avant l'exercice de la prérogative contractuelle²¹¹⁹. Les finalités du préavis renforcent son utilité au regard des modalités d'exercice de la prérogative.

Par hypothèse, la modification réalisée par l'exercice de la prérogative n'est pas le résultat d'un consensus. S'il n'est pas possible d'en déduire *modus ponens* un acte défavorable pour le sujet passif²¹²⁰ – ce n'est pas parce que ce dernier n'a pas manifesté sa volonté de réaliser la modification qu'il y est pour autant fermement opposé –, l'exercice de la prérogative reste un acte unilatéral pour lequel il n'a pas été consulté. Dès lors, l'adaptation de la situation contractuelle opérée grâce à la modification mise en œuvre suppose de laisser en amont au

²¹¹⁵ Sur les origines du préavis dans le contrat de louage et ses premières traces dans des textes législatifs du XIII^e siècle, V. A. SONET, *Le préavis en droit privé*, préf. F. BUSSY, PUAM, 2003, n° 28 et s., p. 32 et s.

²¹¹⁶ A. SONET, *Le préavis en droit privé*, *op. cit.*, n° 465-466, p. 204-205.

²¹¹⁷ *Ibid.*

²¹¹⁸ A. SONET, *Le préavis en droit privé*, *op. cit.*, n° 294 et s., p. 146 et s.

²¹¹⁹ Pour une tentative de contournement du préavis exigé pour l'exercice d'une prérogative de résiliation par l'exercice d'une prérogative de variation du quantum de l'obligation (modification du volume de commande en l'espèce), V. Cass. Com. 7 oct. 2014, *op. cit.*

²¹²⁰ *Ibid.*

sujet passif un temps d'aménagement de sa propre situation²¹²¹. Le préavis est une protection du sujet passif qui sert à lui donner la possibilité de s'acclimater à l'adaptation de la situation contractuelle. Ainsi, le préavis ou « délai de prévenance » se conçoit comme l'antagonisme de la brutalité, ce qui en fait une émanation du principe de bonne foi. Si la brutalité n'épuise pas les manifestations de comportements déloyaux lors de l'exercice de la prérogative, le préavis en supprime certaines en introduisant une dose de prévisibilité à l'endroit du sujet qui en subit l'exercice. En cela, il est une expression formelle de la bonne foi.

Par-delà les mesures que peut prendre le sujet passif pour aménager sa propre situation en réponse à l'exercice de la prérogative, le préavis confère un autre avantage. La saisie du juge des référés pour empêcher la réalisation de la modification devrait se faire au cours de ce délai, sous réserve que les conditions de la saisie soient respectées²¹²². En particulier, le juge des référés a pu ordonner le maintien forcé du contrat dans le cas du défaut du respect du délai de préavis en matière de rupture de relations commerciales²¹²³, ou encore de rupture d'une ouverture de crédit²¹²⁴. Le temps laissé au sujet passif peut donc être utilisé comme un temps d'adaptation ou comme un temps de réaction à la décision prise par le *potentior*.

430. Préavis attachés aux prérogatives contractuelles en droit positif. Il est surprenant de constater la faible portée de ce mécanisme dans le droit positif tant sa fonction est primordiale. Le préavis semble réservé aux prérogatives de rupture de la situation contractuelle. Les relations contractuelles à durée indéterminée sont les premières concernées²¹²⁵, le juge constitutionnel ayant érigé le délai de préavis en condition de la constitutionnalité d'un tel droit²¹²⁶. Les relations à durée déterminée sont elles aussi concernées désormais²¹²⁷, sans qu'on puisse généraliser cette modalité à leur endroit²¹²⁸. Du reste, l'article L. 442-1, II du Code de commerce ne s'embarrasse pas de telles précisions, qui prohibe la rupture brutale, même partielle, d'une relation commerciale établie, « en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels ». Le caractère

²¹²¹ En ce sens, A. SONET, *Le préavis en droit privé*, *op. cit.*, n° 314 et s., p. 155 et s.

²¹²² V. *infra*, n° 507 et s.

²¹²³ Cass. Com. 21 mars 1984, *Bull. civ.* IV, n° 85. Cass. Civ. 1^{re} 8 déc. 1987, *Bull. civ.* I, n° 342. Cass. Com. 3 mai 2012, n° 10-28.366 ; *JCP E.* 2012. 1443, F. BUY.

²¹²⁴ Cass. Com. 14 févr. 1989, n° 87-14.629 ; *RTD com.* 1989. 507, M. CABRILLAC et B. TEYSSIE. Cass. Com. 3 déc. 1991, n° 90-13.714.

²¹²⁵ Par ex., art. 1211 C. civ., art. 1736 C. civ., art. L. 313-12 C. mon. et fin.

²¹²⁶ Cons. Const., 9 nov. 1999, DC n° 99-419, *PACS*, *op. cit.*

²¹²⁷ Par. ex. art. L. 113-4 al. 2 C. ass. ; art. 15, loi du 6 juil. 1989, *op. cit.*

²¹²⁸ Par ex., la révocation du mandataire par le mandant (art. 2004 C. civ.) n'est pas soumise à une exigence de préavis dans la loi.

déterminé ou indéterminé de la durée du contrat n'entre pas en compte. Souvent d'ailleurs, le délai ne dispose pas d'une temporalité précise mais fait une large place aux standards. À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le préavis raisonnable ou « suffisant » pouvait dépasser, dans sa durée, les usages compte tenu des spécificités de la relation commerciale²¹²⁹. Le lien entre la condition formelle de préavis et la résiliation unilatérale s'explique par le besoin qu'a le sujet passif de rebondir suite à la perte de son partenaire économique : « donner une nouvelle orientation à ses activités »²¹³⁰, « trouver un nouveau banquier »²¹³¹ ou « permettre au concessionnaire d'organiser sa reconversion »²¹³² sont autant de justifications utilisées par la jurisprudence pour apprécier le délai de préavis. Les prérogatives concernées par le préavis, bien qu'emblématiques, font figure d'exception. La plupart des prérogatives contractuelles ne sont pas soumises à cette exigence. C'est que, en dépit de ses fonctions, le préavis s'avère inutile bien souvent., parfois même indésirable

431. Exclusion du délai de préavis : le préavis inutile. Malgré l'impression laissée par l'analyse des rôles du préavis, celui-ci n'est pas toujours nécessaire. Son inutilité peut se déduire de l'existence d'un autre délai. Par exemple, les dispositions relatives aux prérogatives de sanction ne prévoient pas de préavis autonome, ce qui se justifie : dès lors que la mise en demeure est une modalité exigée pour l'exercice de la prérogative, un délai est laissé au sujet passif pour remédier à l'inexécution dont il lui est fait reproche mais aussi pour l'informer du risque qu'il encourt à persister dans l'inexécution. Ce délai propre à la mise en demeure fait donc double emploi, comme temps de la seconde chance mais aussi comme temps de prévenance. C'est pourquoi il serait excessif de prévoir, postérieurement à la notification, elle-même consécutive à l'expiration du délai de la mise en demeure, un délai de préavis autonome. En outre, le préavis peut être inutile eu égard à la modification opérée, pour laquelle le sujet passif n'a pas, par principe, besoin d'un temps d'adaptation. Les prérogatives de repentir résident dans le passage entre la phase de création et la phase

²¹²⁹ Cass. Com. 12 mai 2004, *Bull. civ.* IV, n° 86 ; P. STOFFEL-MUNCK, « Préavis contractuel et préavis raisonnable », *RDC* 2004. 943 ; D. 2005. 148, D. FERRIER. Comp. Cass. Com. 19 juin 2001, *Bull. civ.* IV, n° 118 : cassation au visa de l'article 1134 ancien du Code civil et de l'article L. 313-12 du Code des assurances de l'arrêt d'appel qui s'était borné à se référer aux usages pour juger le préavis de rupture insuffisant « sans rechercher quelle était la commune intention des parties pour la fixation du délai de préavis et, en cas d'impossibilité de l'établir, quel était le délai convenable pour que le client puisse trouver un nouveau banquier », et dans le même sens sur le fondement de l'art. L. 442-5, I, 5° C. com., Cass. Com. 6 mai 2002, *Bull. civ.* IV, n° 81 ; D. 2002. 2842, D. MAZEAUD ; *JCP G.* 2002.II.10146, P. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2003. 154, M. BEHAR-TOUCHAIS. V. la note de P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*

²¹³⁰ Cass. Com. 12 mai 2004, *op. cit.*

²¹³¹ Cass. Com. 19 juin 2001, *op. cit.*

²¹³² Cass. Com. 6 mai 2002, *op. cit.*

d'exécution de la situation contractuelle. Leur exercice permet d'empêcher le commencement d'exécution du contrat en rompant le lien contractuel. Par conséquent, il n'y a pas d'intérêt à laisser un préavis durant lequel le contrat ne serait ni éteint, ni exécuté. Il en va de même pour la prérogative de renonciation à la condition suspensive pendant : pourquoi imposer un temps de préavis avant de déclarer le contrat définitivement conclu ? Pour nombre de prérogatives donc, il n'y a pas de raison d'exiger un préavis. Cette assertion n'empêche pas que, dans certaines hypothèses, le sujet passif puisse légitimement faire état de la brutalité de la réalisation de la modification. On peut imaginer le cas de l'acheteur d'une vente conclue avec une faculté de rachat subir des conséquences dommageables du brusque exercice de la prérogative sans préavis, par exemple. Le juge n'est pas démuni pour autant : en l'absence d'un préavis exigé formellement à titre de condition d'exercice, il peut s'appuyer sur le temps d'adaptation laissé au sujet passif pour apprécier la loyauté du *potentior*²¹³³. Il faut alors distinguer le préavis comme condition formelle d'exercice et le préavis comme circonstance d'appréciation de la bonne foi dans l'exercice de la prérogative. Dans le premier cas, la modification réalisée implique toujours chez le sujet passif la nécessité d'un temps d'adaptation de sorte que le préavis est requis par principe, comme en matière de résiliation unilatérale. Dans le second cas, le préavis peut être nécessaire mais ne l'est pas toujours, si bien que seule une appréciation casuistique par le biais du devoir de bonne foi s'impose. Il arrive également que le préavis soit inopportun.

432. Exclusion du délai de préavis : le préavis indésirable. Parfois, le préavis n'est pas souhaitable. C'est le cas lorsque l'effectivité de la modification est urgente. L'article 1226 du Code civil supprime la condition de mise en demeure en cas d'urgence à résoudre le contrat, ce qui engendre *de facto* la suppression du délai attaché à la mise en demeure, lequel sert également de préavis²¹³⁴. En l'occurrence, l'urgence pourrait se déduire de l'inexécution d'une prestation relative à des denrées rapidement périssables, ou de la nécessité d'expulser

²¹³³ Par ex. Cass. Com. 25 févr. 2003, n° 01-02.913 ; *RTD civ.* 2004. 92, J. MESTRE et B. FAGES, à propos de la résiliation unilatérale d'un contrat de concession. Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, *op. cit.*, à propos d'une modification unilatérale du loyer de chambres fortes, la Cour de cassation remarque que la preneuse « avait été tenue informée du changement de politique de la banque plus de six mois avant l'échéance, disposant ainsi du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence ».

²¹³⁴ En revanche, l'article 1225 C. civ. dédié à la clause résolutoire ne prévoit rien de tel, si bien que, dans le silence de la clause sur l'urgence, le *potentior* sera contraint d'exercer la prérogative de résolution par notification sous réserve du respect de ses conditions plutôt que sa clause résolutoire.

un spectateur importunant la représentation²¹³⁵. D'autres hypothèses peuvent être rattachées à la notion d'urgence. La révocation du mandataire par le mandant, régie par l'article 2004 du Code civil, ne prévoit pas l'exigence d'un préavis raisonnable. Cela s'explique : « le mandat suppose par nature la confiance du mandant »²¹³⁶, de sorte que le mandant doit pouvoir mettre fin au mandat quand bon lui semble et sans préavis, sauf stipulation contraire. La solution inverse ferait perdre tout sens à la révocation *ad nutum*, qui laisserait pendant un certain temps au mandataire le pouvoir d'engager le mandant postérieurement à la notification de révocation. D'autres dispositions vont également dans le sens de la suppression du préavis lorsque l'urgence le commande²¹³⁷ ; la jurisprudence a, par ailleurs, pu l'affirmer²¹³⁸.

La condition de préavis peut être supprimée par les parties, qui le déclarent ainsi indésirable. La Cour de cassation a consacré la validité des clauses d'exclusion du préavis²¹³⁹. Bien que cette solution soit discutable²¹⁴⁰, elle emporte l'adhésion. À titre de condition formelle d'exercice, le préavis n'est pas d'ordre public²¹⁴¹. Contrairement à une « clause de discrétionnarité » censée faire obstacle à la sanction d'un exercice de mauvaise foi²¹⁴², la clause d'exclusion du préavis ne contrevient pas à une règle impérative. Cette opinion peut être débattue. La proximité du préavis et du devoir de bonne foi a été évoquée. En outre, la Cour de cassation a pu estimer que le délai de préavis contractuellement prévu était insuffisant au

²¹³⁵ V. P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1968, n° 217, p. 184, qui cite Trib. Civ. de la Seine, 31 juil. 1897, *S.* 1898.II.85. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 591, p. 422.

²¹³⁶ Cass. Civ. 3^e, 28 févr. 1984, *op. cit.*

²¹³⁷ V. art. L. 442-1, II, al. 3 C. com. : « Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ». V. aussi art. L. 313-12, al. 2 C. mon. et fin. : « L'établissement de crédit ou la société de financement n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise ». La gravité de l'inexécution ne devrait pas entrer en considération : seule l'urgence justifie d'évincer le préavis.

²¹³⁸ V. par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-29.876 ; *RDC* 2014. 355, Y.-M. LAITHIER : « « Qu'en se déterminant ainsi, alors que si M. X avait le droit de rompre unilatéralement le contrat verbal à durée indéterminée, c'était à condition qu'il respectât un délai de préavis raisonnable, sauf à justifier d'un motif de rupture sans préavis, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision. »

²¹³⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 17 fév. 2011, *op. cit.*

²¹⁴⁰ V. not. P. STOFFEL-MUNCK, « Préavis contractuel et préavis raisonnable », *op. cit.*, n° 3 ; T. GENICON, « Aménagement conventionnel de la liberté de résiliation : l'exclusion d'un préavis et de toute indemnité est-elle possible ? », *op. cit.*, spéc. p. 834.

²¹⁴¹ Rapp. T. GENICON, « Aménagement conventionnel de la liberté de résiliation : l'exclusion d'un préavis et de toute indemnité est-elle possible ? », *op. cit.*, p. 835 : « on peut se demander si l'impérativité du préavis de résiliation ne sera pas la prochaine étape franchie. À dire vrai, ce n'est pas forcément une évolution que l'on approuverait pour ce qui nous concerne : puisque l'on part d'un principe de liberté de rupture, on devrait plutôt considérer que ce n'est qu'en présence de certaines circonstances (seraient-elles courantes en pratique) qu'un délai de prévenance s'impose ».

²¹⁴² Sur ce point, V. *supra*, n° 403.

regard du préavis nécessaire au sujet passif, suite à la résiliation d'une relation commerciale établie²¹⁴³. Il faut néanmoins distinguer les hypothèses. Si le préavis est autonome et qu'il intervient à titre de condition formelle d'exercice d'une prérogative, la clause d'exclusion du préavis dans un contrat de gré à gré devrait être valide. En cas de litige, le juge, amené à apprécier souverainement la loyauté de l'exercice de la prérogative, devra se fonder sur d'autres éléments propres à caractériser la mauvaise foi. En effet, écarter l'exigence d'un préavis ne revient pas à écarter le devoir de bonne foi. Il faut admettre que les parties aient communément décidé d'éliminer cette seule hypothèse car la suppression du préavis n'est pas contraire par principe à la confiance issue du contrat²¹⁴⁴. À l'inverse, le juge devrait pouvoir réputer non écrites les clauses dont la réunion forme un tout qui évince le devoir de bonne foi. Il pourrait, pour ce faire, se fonder sur les articles 1104 al. 2 et 1189 al. 1^{er} du Code civil. En revanche, si la clause exclusive de préavis intervient dans une situation d'adhésion, elle doit être présumée abusive. Quand bien même elle serait stipulée de façon commutative, il ne fait pas de doute que la partie forte serait la seule à en bénéficier en pratique de sorte qu'un déséquilibre significatif surviendrait. Le juge ne devrait donc pas être tenu par cette clause dans son appréciation de la loyauté de la résiliation. Cette solution va dans le sens de l'arrêt par lequel la Cour de cassation a censuré les juges du fond d'avoir estimé que le préavis contractuel était nécessairement suffisant sans prendre en considération les spécificités de la relation commerciale établie qui se caractérisait par une dépendance eu égard à la clause d'exclusivité stipulée²¹⁴⁵. En la matière, la clause exclusive de préavis comme la clause réductrice du préavis devraient être réputées non écrites.

En définitive, le préavis a vocation à retarder l'effectivité de la modification issue de l'exercice de la prérogative afin de laisser au sujet passif un temps d'adaptation. En théorie, on pourrait croire que le délai de préavis doit toujours s'imposer. En réalité, il est rarement utile de l'ériger en condition formelle, et parfois même inopportun. En outre, dans quantité de cas, le temps d'acclimatation laissé au sujet passif est intégré dans la maxime *venire contra factum proprium*²¹⁴⁶.

²¹⁴³ Cass. Com., 12 mai 2004, *op. cit.*

²¹⁴⁴ À l'inverse, il a été établi précédemment que stipuler une clause de discrétionnarité permettant à une partie d'exercer sa prérogative dans le but de nuire à son cocontractant ou de contourner une autre règle contractuelle contrevenait nécessairement à la confiance que les parties s'accordaient en concluant le contrat.

²¹⁴⁵ Cass. Com., 12 mai 2004, *op. cit.* ; V. not. sur ce point la note de P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, spéc. n° 3.

²¹⁴⁶ V. *supra*, n° 376.

2) Absence d'une exigence de concertation préalable

433. **La concertation en droit privé.** La concertation préalable à la décision, qui permet au sujet passif de la discuter avant qu'elle produise ses effets, pourrait s'imposer comme une condition de la procédure d'exercice. « La discussion est en effet indispensable à la qualité de la prise de décision, tout comme la négociation devrait être un élément inhérent à la procédure contractuelle »²¹⁴⁷. Sans doute la concertation participe-t-elle d'un processus décisionnel éclairé par la confrontation du décisionnaire à l'opinion du destinataire de la décision. Ce faisant, elle joue comme un processus d'acclimatation du sujet passif, qui au-delà de la discussion, peut se préparer à la modification imminente. Généraliser l'exigence de concertation dans l'exercice des prérogatives contractuelles pose, cependant, la question du fondement sur laquelle la faire reposer. Elle se rapproche du principe du contradictoire qui participe des principes du procès équitable en vertu de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais s'en détache puisqu'elle ne s'inscrit pas dans un cadre conflictuel. Hors du procès, la concertation est parfois exigée par la loi. C'est le cas en droit du travail, lorsque l'employeur prend des mesures disciplinaires contre le salarié²¹⁴⁸. Un auteur a, par ailleurs, mis au jour la pénétration du principe de la contradiction en droit des contrats²¹⁴⁹. C'est le cas, par exemple à l'article 3-2 de la loi du 6 juillet 1989, qui exige qu'un état des lieux soit établi contradictoirement entre le bailleur et le locataire. Néanmoins, la loi n'exige pas la contradiction en matière de prérogatives contractuelles. La jurisprudence a entendu pallier ce manque.

434. **Exigence prétorienne de concertation préalable aux prérogatives de sanction.** Plusieurs arrêts ont affirmé la nécessité d'une concertation préalable à l'exercice définitif de la prérogative contractuelle. L'exclusion du sociétaire d'une association y a été subordonnée²¹⁵⁰, de même que celle d'un associé²¹⁵¹. La révocation *ad nutum* de l'article 2004

²¹⁴⁷ P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *op. cit.*, p. 2296. L'auteur plaide pour l'élaboration d'une théorie générale de la décision en droit privé, au sein de laquelle la concertation incarne un enjeu important.

²¹⁴⁸ Par ex. pour le licenciement disciplinaire, Art. L. 1232-2 à 1232-4 C. trav.

²¹⁴⁹ L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, 2006, n° 50 et s., p. 35 et s.

²¹⁵⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, *Bull. civ.* I, n° 308 ; *RTD com.* 2005. 127, L. GROSCLAUDE : mais attendu que le sociétaire radié avait été « invité, à plusieurs reprises, à présenter ses observations, soit oralement soit par écrit, tant devant le conseil que devant l'assemblée générale ; que par ces constatations et appréciations, qui établissent que l'intéressé connaissait la sanction à laquelle il était exposé et avait été mis à même de se faire entendre par les organes chargés d'arrêter la décision, l'arrêt est exempt des griefs de violation des principes de la contradiction et d'impartialité qui s'imposent dans le droit associatif, les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme étant sans application aux conseils d'administration ou aux

du Code civil a également été conditionnée à la concertation du mandant avec le mandataire social²¹⁵². La règle prétorienne peine toutefois à trouver son fondement. Si la Chambre commerciale a tenté de rattacher cette exigence au principe de bonne foi²¹⁵³, la solution est peu convaincante. La bonne foi dispose d'une existence aussi diffuse dans le contrat que l'unilatéralisme est répandu de sorte que toute manifestation unilatérale de volonté pourrait y être soumise²¹⁵⁴. L'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation laisse penser que la concertation ou « contradiction » n'est requise qu'en cas de décision de sanction. Pourtant, les articles 1223, 1225 ou 1226 du Code civil n'en disent mot. La survie de la règle prétorienne d'exigence de concertation paraît alors discutable et sa généralisation à l'ensemble des prérogatives de sanction franchement douteuse.

435. Absence de la concertation de la procédure d'exercice des prérogatives de sanction. Le silence du législateur de l'ordonnance du 10 février 2016 doit être interprété comme un refus d'ajouter à la procédure d'exercice des prérogatives de sanction une exigence de concertation entre les parties. On peut regretter cette omission ; sans doute sied-elle mal à la recherche de célérité dans le contrat. Elle semble, toutefois, être implicitement favorisée en présence d'une exigence de motivation. En effet, la transmission des motifs de la décision par le *potentior* peut donner lieu à une réponse de la part du sujet passif. L'enclenchement du dialogue, certes non exigé par la loi, paraît donc probable en présence d'une charge de motivation. On peut donc regretter, là encore, que la prérogative de réduction du prix de l'article 1223 du Code civil ne soit pas concernée.

assemblées générales d'associations examinant la violation d'engagements contractuels ». V. égal. Cass. Civ. 1^{re}, 29 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 141.

²¹⁵¹ Cass. Com., 7 juil. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 265 ; *Rev. soc.* 1993. 109, Y. GUYON : « mais attendu que l'arrêt relève que la résolution prononçant l'exclusion d'un membre du groupement a été prise sans que le vote, dont la société Groupe Iéna a été écartée en application de l'article 17 des statuts, ait été précédé d'un débat sur les faits qui lui étaient imputés ; qu'en l'état de ces seules constatations, d'où il résulte que la décision litigieuse a été prise sans que la société Groupe Iéna ait été mise en mesure d'obtenir de l'assemblée des membres du groupement l'information à laquelle elle avait droit et de s'exprimer, c'est-à-dire dans des conditions abusives, l'arrêt se trouve légalement justifié ». V. aussi Cass. Com. 15 nov. 1976, *Bull. civ. IV*, n° 288.

²¹⁵² Par ex., Cass. Com. 3 janv. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 7 : « attendu que la révocation d'un directeur général peut intervenir à tout moment et n'est abusive que si elle a été accompagnée de circonstances ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant révoqué ou si elle a été décidée brutalement sans respecter le principe de la contradiction » ; Cass. Com. 26 nov. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 294 ; V. not. L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, *op. cit.*, n° 56, p. 37 et s. ; F.-X. LUCAS, *Le principe du contradictoire en droit des sociétés*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 10^e éd., 2004, p. 663.

²¹⁵³ Cass. Com. 3 janv. 1996, *op. cit.* Cass. Com., 8 oct. 2003, n° 01-10.326.

²¹⁵⁴ Rapp. P. LOKIEC, « La décision et le droit privé », *op. cit.*, p. 2297 : « Sans doute faudra-t-il, si on ne veut pas se résoudre à asseoir les exigences procédurales sur un simple devoir de loyauté, détacher la contradiction de la notion processuelle de procès équitable ».

§2. La qualification d'incombance

436. Les formalités d'exercice des prérogatives contractuelles constituent des contraintes comportementales ponctuelles qui posent question au regard des qualifications de droit positif. Il est possible de se contenter des notions séculaires de « charges » ou de « diligences » pour les caractériser. Leur lien avec le principe de bonne foi permet de les comparer à la notion d'incombance, plus récente. Elle est assortie d'une sanction spécifique : la déchéance du droit auquel elle se rattache (A). Les incombances sont des charges comportementales qui correspondent aux conditions formelles. En revanche, la sanction de déchéance doit être rejetée, eu égard à la préservation de la « substance » du contrat décrétée par l'arrêt *Les Maréchaux*²¹⁵⁵ (B).

A. Le concept d'incombance

437. L'émergence contemporaine de la notion d'incombance en droit français a enrichi les qualifications juridiques en créant une alternative nouvelle au couple obligation-devoir²¹⁵⁶. En tant que condition d'exercice rattachée à un droit, l'incombance se définit comme « une contrainte comportementale pesant sur le contractant titulaire d'un droit limitant *ab initio* l'aléa lié à sa mise en œuvre, et qu'il doit observer préalablement à son exercice s'il veut pouvoir en jouir ultérieurement »²¹⁵⁷. Cette définition peut être précisée, grâce aux critères et à la finalité des incombances (1). Les éléments caractéristiques de la notion ne suffisent pas, cependant, à maîtriser le concept. C'est par l'étude des éléments de régime qui lui ont été associés que l'incombance peut être saisie (2).

²¹⁵⁵ Cass. Com., 10 juil. 2007, *op. cit.*

²¹⁵⁶ V. not. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.* ; F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. GHOZI, LGDJ, 2007 ; S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *RRJ* 2002-2, p. 703 ; M. FONTAINE, « Obliegenheit, incombance ? », in *Liber amicorum Hubert Claassens*, Academia Bruylant, 1998, p. 151.

²¹⁵⁷ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 331, p. 293.

1) Notion d'incombance

438. **Introduction de la notion en droit français.** À l'image du développement de la notion de devoir, l'apparition du concept d'incombance est due à la critique doctrinale de l'usurpation de la notion d'obligation pour désigner des mécanismes juridiques variés. C'est ainsi qu'est apparu le terme « incombance », directement issu du droit suisse qui traduit l'idée des *obliegenheiten* allemandes ; c'est-à-dire des « obligations de moindre intensité contraignante »²¹⁵⁸. Le père français de la notion la situait « entre l'obligation civile et l'obligation naturelle »²¹⁵⁹. Ces deux descriptions expriment la particularité de ces « obligations » dont la sanction ne peut pas être l'exécution forcée²¹⁶⁰. Elles ont parfois été décrites comme des « obligations vis-à-vis de soi-même »²¹⁶¹, et un auteur l'a dépeinte comme « un devoir sanctionné par la perte d'un avantage juridique »²¹⁶². Avant de faire l'objet d'analyses approfondies, l'incombance était sans cesse rattachée aux notions plus connues de devoir et d'obligation. Le concept n'a pas immédiatement été reconnu en doctrine. En particulier, l'élasticité de ses descriptions a pu, pendant un temps, donner lieu à une catégorie « par défaut » dans laquelle ranger tout ce qui ne correspondait pas exactement aux concepts mieux définis d'obligation et de devoir. Du contrat de cautionnement²¹⁶³ à la Convention de Vienne²¹⁶⁴, en passant par le principe de minimisation du dommage²¹⁶⁵ et le droit de préemption²¹⁶⁶, l'hétérogénéité de la catégorie nouvelle a suscité la suspicion de certains

²¹⁵⁸ F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, op. cit., n° 103, p. 60 ; P. WERY, *Droit des obligations, Vol. I, Théorie générale du contrat*, Larcier, 2^e éd., 2011, n° 324, p. 472 ; B. LABBE, « L'incombance : un faux concept », *RRJ* 2005-1, p. 183, n° 2, p. 184.

²¹⁵⁹ M. FONTAINE, « Obliegenheit, incombance ? », op. cit., p. 160.

²¹⁶⁰ B. LABBE, « L'incombance : un faux concept », op. cit., n° 22, p. 200.

²¹⁶¹ M. FONTAINE, « Obliegenheit, incombance ? », op. cit. ; S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », op. cit., p. 706.

²¹⁶² S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », op. cit., p. 706.

²¹⁶³ Bénéfice de subrogation de l'art. 2314 C. civ. ; Devoirs d'information annuelle du créancier à l'égard de la caution sur l'encours de la dette : Art. L. 313-22 C. mon. et fin. ; Art. 2293, al 2 C. civ. ; Art. L. 341-6 C. conso, Art. 47-II de la loi du 11 fév. 1994 (pour les entrepreneurs individuels)... V. not. M. SEJEAN, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. HOUTCIEFF, LGDJ, 2011, n° 275 et s., p. 250 et s.

²¹⁶⁴ Par ex. S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », op. cit., p. 704.

²¹⁶⁵ Par ex. M. FONTAINE, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : synthèse et perspectives », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 1019 et s.. *Contra*. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 240 et s., p. 203 et s. Si l'obligation de minimiser son dommage apparaît à l'art. 77 de la Convention de Vienne, la Cour de cassation a pour le moment refusé de lui reconnaître une existence autonome : Cass. Civ. 2^e, 19 juin 2003 n° 01-13.289, n° 00-22.302. Cass. Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, n° 05-10.411.

²¹⁶⁶ Par ex. F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, op. cit., n° 158 et s., p. 78.

auteurs²¹⁶⁷. Au surplus, l'incombance a été analysée pendant un temps par le biais unique de sa sanction, la déchéance²¹⁶⁸, ce qui n'a pas convaincu. En dépit des difficultés relatives à sa compréhension, son introduction dans le *Vocabulaire juridique* de Cornu rend compte d'une évolution positive de la notion. L'incombance y est définie comme une « charge, [un] devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir »²¹⁶⁹. Si le néologisme suisse s'est donc fait une place dans la doctrine française, son élévation en concept juridique autonome n'a pas été immédiate. L'étude récente de Madame Freleteau a permis d'en préciser les contours.

439. Critères de la notion d'incombance. Selon Madame Freleteau, l'incombance est d'abord une contrainte comportementale ce qui explique le rapprochement avec la notion de devoir²¹⁷⁰. L'incombance est une « contrainte de résultat », c'est-à-dire qu'elle « implique toujours un résultat déterminé [...] ». Une contrainte visant à ce que le titulaire du droit « fasse de son mieux » [...] n'aurait aucune portée contraignante et ne se distinguerait donc pas d'une absence pure et simple de contrainte »²¹⁷¹. Toutefois, l'incombance a des caractéristiques spécifiques qui lui confèrent son autonomie²¹⁷² : « un falloir distingué du devoir »²¹⁷³ donc. D'abord, l'incombance est une contrainte accessoire à l'exercice d'un droit²¹⁷⁴. « Quel que soit le droit auquel elle est liée [...] l'incombance est une contrainte qui accompagne l'exercice de ce droit, et en cela elle a nécessairement un caractère accessoire. Par ailleurs, ce comportement étant attendu en amont de la revendication d'un droit, son observation doit être avérée afin que son titulaire puisse en bénéficier »²¹⁷⁵. Ensuite, l'incombance est une contrainte ponctuelle, ce qui la distingue du devoir comme contrainte permanente²¹⁷⁶. Liée à l'exercice d'un droit, pesant sur son titulaire qui entend le mettre en œuvre, elle n'est pas diluée à tous les temps de la situation juridique dans laquelle elle s'inscrit. Elle peut être soumise à une échéance explicite (délai ou date butoir) mais elle peut également être soumise à l'échéance

²¹⁶⁷ V. en particulier, B. LABBE, « L'incombance : un faux concept », *op. cit.* ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 491 et s., p. 356 et s.

²¹⁶⁸ F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, *op. cit.*, par ex. n° 131, p. 70 : l'incombance constituerait « le fondement unique des déchéances présentes en droit français ».

²¹⁶⁹ V. « Incombance », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²¹⁷⁰ Sur la notion de devoir, V. *supra* n° 357 et s.

²¹⁷¹ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 245, p. 208.

²¹⁷² B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 213 et s., p. 180 et s.

²¹⁷³ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 491, p. 356.

²¹⁷⁴ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 244, p. 207.

²¹⁷⁵ *Ibid.*

²¹⁷⁶ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 230 et s., p. 191 et s.

implicite constituée par l'exercice du droit auquel elle est reliée²¹⁷⁷. Enfin, l'incombance est une contrainte hypothétique²¹⁷⁸. En cela, elle s'impose comme une condition d'exercice d'un droit : « précisément, le commandement qu'implique l'incombance n'est pas dû de manière catégorique, mais seulement hypothétique, c'est-à-dire à condition que le contractant sur qui elle pèse désire bénéficier d'un avantage juridique qui lui est offert par la loi ou spécifiquement par le contrat »²¹⁷⁹. Par conséquent, le manquement à l'incombance n'est pas une faute puisque « la carence est aux risques et périls de celui sur qui elle pèse »²¹⁸⁰. C'est d'ailleurs en cela que l'incombance a pu être traduite par l'idée de charge « vis-à-vis de soi-même ». Cette spécificité n'enlève rien à sa finalité cependant : la protection du sujet passif du droit.

440. Finalité de l'incombance. En tant que contrainte accessoire à un droit, la caractéristique principale de l'incombance ne réside pas tant dans les critères qui ont été établis que dans le droit subjectif auquel elle est rattachée. Ce droit comporte toujours un aléa dans sa mise en œuvre. Les droits potestatifs constituent un terrain privilégié, en raison de l'incertitude qui les caractérise²¹⁸¹. Ils ne sont toutefois pas les seuls droits subjectifs concernés. En effet, l'incertitude qui fait naître l'incombance n'est pas nécessairement juridique mais peut être factuelle²¹⁸². En tant que contrainte comportementale, l'incombance est une limite imposée préalablement à l'exercice du droit quand l'aléa qu'il comporte représente une source de danger pour autrui. Les droits potestatifs, en particulier les prérogatives contractuelles, semblent donc *a priori* concernés par le concept d'incombance.

²¹⁷⁷ *Ibid.*

²¹⁷⁸ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 235 et s., p. 197 et s.

²¹⁷⁹ *Ibid.*

²¹⁸⁰ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 239, p. 202. Rapp. S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *op. cit.*, p. 709 : si l'auteur voit une « faute » dans le manquement à l'incombance, le mécanisme de sanction se distingue néanmoins de la responsabilité dans la mesure où le principe n'est pas la réparation intégrale du préjudice subi. Ainsi, le manquement à une incombance d'information, par exemple l'information tardive du sinistre par l'assuré à l'assureur le déchoit intégralement de son droit à réparation quel que soit le préjudice subi par l'assureur (dans le même sens, B. FRELETEAU, thèse, *op. cit.*, n° 441, p. 387). Inversement, puisque la sanction du manquement à l'incombance n'a pas vocation à réparer le préjudice, la victime devrait pouvoir réclamer des dommages-intérêts si la perte du droit n'a pas réparé l'intégralité du préjudice.

²¹⁸¹ Sur l'objet des droits potestatifs, V. *supra*, n° 122 et s. Sur le lien entre incombance et droits potestatifs, V. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 221 et s., p. 185 et s.

²¹⁸² Par exemple, la créance que détient le créancier sur la caution recèle un aléa qui porte sur l'inexécution du débiteur principal. De même, la dette de garantie des vices cachés du vendeur comporte un aléa sur l'existence du vice. Chacun de ces aléas donne lieu à des incombances d'information, du créancier à l'égard de la caution concernant la défaillance du débiteur et de l'acheteur à l'endroit du vendeur concernant l'existence du vice. Ces aléas ne sont cependant pas juridiques mais factuels. Ils ne sont pas de l'essence des droits de créance, tandis que l'incertitude est de l'essence des prérogatives contractuelles (et plus généralement des droits potestatifs) par leur objet décisionnel.

L'incertitude générée par le droit principal est directement corrélée à la fonction de l'incombance. Liée à l'unilatéralisme contractuel dans l'exercice du droit, l'incertitude suppose des prévisions pour celui qui la subit, et engendre des comportements de mauvaise foi. À l'inverse, en l'absence d'aléa, la stricte réalisation de ce qui a été prévu par consensus rejoint les prévisions des contractants ce qui exclut la déloyauté²¹⁸³. L'incombance a pour finalité de diminuer les possibilités de mise en œuvre déloyale du droit porteur d'incertitude. Elle est un outil de prévention de la mauvaise foi. « En tant que comportement préalable et accessoire à l'exercice d'un droit, l'incombance semble apte à constituer un repère quant à la légitimité de l'exercice du droit par son titulaire. En effet, l'observation de l'incombance étant nécessaire au bon exercice du droit, le manquement à cette exigence est *de facto* révélateur de l'illégitimité du titulaire à le revendiquer. Cette exigence comportementale permet alors de limiter de manière préventive les risques d'excès liés à l'exercice ultérieur du droit » explique Madame Freleteau²¹⁸⁴. Manquer à l'incombance n'est pas incohérent lorsque le *potentior* n'entend pas exercer son droit. Le non-exercice de la prérogative peut être conforme à ses intérêts ; c'est le droit d'adapter la situation contractuelle si nécessaire et en temps voulu. *A contrario*, l'inobservation de l'incombance couplée à la revendication de l'exercice du droit par son titulaire révèle une incohérence avec la prévision légitime du sujet passif du droit, donc un comportement déloyal. En effet, l'inobservation de l'incombance engendre la prévision légitime chez le cocontractant de ce que la prérogative ne sera pas mise en œuvre dans un futur proche²¹⁸⁵.

Devoir de bonne foi et incombances sanctionnent la contradiction avec la prévision légitime du cocontractant. Cependant, l'incombance n'est qu'une technique complémentaire qui ne se confond pas avec la bonne foi ; elle est à son service. D'une part, elle est antérieure à l'exercice du droit tandis que la loyauté lui est concomitante. D'autre part, la mauvaise foi a lieu dans le respect de la procédure d'exercice, tandis que l'inobservation de l'incombance est un manquement à la procédure. Le mécanisme de l'incombance est donc un support du devoir de bonne foi au stade de l'exécution contractuelle. Sa violation révèle un comportement déloyal sans qu'il soit nécessaire d'en passer par le mécanisme de la bonne foi pour le sanctionner puisque, en tant que condition procédurale, son irrespect engendre le dépassement

²¹⁸³ Sur l'incertitude que comportent certains droits de créance pour le débiteur, notamment au regard du montant inconnu de la dette, V. *supra*, n° 363 et s.

²¹⁸⁴ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 310 et s., p. 269 et s., spéc. n° 315, p. 278.

²¹⁸⁵ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 329, p. 292.

du droit et prive d'effet son exercice²¹⁸⁶. Ces éléments rapprochent les conditions formelles précédemment identifiées de la qualification d'incombance. Tant les critères de sa définition que les finalités poursuivies sont cohérentes. Pour accéder au rang de concept autonome et vérifier son adéquation avec les conditions propres à l'exercice des prérogatives, le régime de l'incombance doit néanmoins être exploré.

2) Régime de l'incombance

441. **La sanction du manquement à l'incombance : la déchéance.** La déchéance est la sanction de l'inobservation de l'incombance. Madame Luxembourg a même soutenu que la déchéance exprime de façon systématique l'existence d'une incombance et réciproquement, de sorte qu'incombance et déchéance seraient des notions bijectives²¹⁸⁷. La thèse n'emporte pas la conviction : elle évince tous les autres critères de la notion d'incombance. En outre, la déchéance se trouve amputée des multiples causes qu'on lui connaît²¹⁸⁸. La déchéance est définie comme la « perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, d'incurie, etc. »²¹⁸⁹. Plus largement, elle a pu être décrite comme « un procédé de sanction qui peut être employé en toutes circonstances dès lors qu'un certain but doit être atteint : l'extinction d'un droit à titre de peine »²¹⁹⁰. Cette définition illustre les largesses des manquements susceptibles d'engendrer une telle sanction. La critique du caractère bijectif de l'incombance et de la déchéance n'empêche pas le lien entre cette notion et cette sanction. Plus exactement, si la déchéance n'implique pas toujours l'existence d'une incombance, l'incombance peut toujours être sanctionnée par la déchéance. Les avis divergent, toutefois. Pour certains auteurs, la déchéance est la sanction exclusive du manquement à l'incombance²¹⁹¹. D'autres considèrent qu'elle n'en est que la sanction principale²¹⁹². Selon

²¹⁸⁶ Sur la distinction entre neutralisation et déchéance, V. *infra*, n° 457.

²¹⁸⁷ F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, *op. cit.*,

²¹⁸⁸ En ce sens, B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 415 et s., p. 365 et s. : L'auteur montre que la déchéance dépasse la sphère contractuelle et sanctionne des hypothèses aussi variées qu'une fraude (art. 778 et 1483 C. civ.), l'abus de jouissance d'un droit réel (art. 618 C. civ.), la faute professionnelle grave du dirigeant social (art. L. 653-1 et s. C. com.), voire l'inexécution d'une obligation (art. L. 613-22 CPI, déchéance des droits du breveté pour manquement à l'obligation de paiement de la taxe annuelle). V. égal. O. SAUTEL, « Sur la déchéance en droit privé », *D.* 1999. 487, n° 1.

²¹⁸⁹ V. « Déchéance », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²¹⁹⁰ M. SALLE DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction du droit (essai de terminologie juridique) », *RTD civ.* 1933. 1037, spéc. n° 31.

²¹⁹¹ F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, *op. cit.*, par ex. n° 259, p. 120 ; F. K. COMPARATO, *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 15, p. 26 ; M.

Madame Freleteau, l'inobservation de l'incombance est toujours sanctionnée par une déchéance qui peut, cependant, être associée au niveau processuel à une fin de non-recevoir²¹⁹³, ou se cumuler avec la résolution judiciaire du contrat²¹⁹⁴. Il faut préciser ce que la sanction de déchéance recouvre.

442. Caractéristiques de la déchéance. « La déchéance paraît être de ces notions dont l'utilisation est inversement proportionnelle à la compréhension » écrivait un auteur²¹⁹⁵. Elle est une sanction qui provoque une perte ; sur cela, point de controverse. À cet égard, l'étymologie du mot évoque la privation ou la destitution²¹⁹⁶. Le doute survient lorsqu'on s'interroge sur l'objet de la perte. La privation peut porter sur l'existence du droit substantiel, sur l'avantage conféré par le droit en dépit de la survie du droit substantiel, ou sur les seules conséquences escomptées de l'exercice du droit²¹⁹⁷. Peu d'auteurs semblent opter pour la dernière solution²¹⁹⁸, si bien que le débat porte essentiellement sur la perte du droit substantiel ou du droit de revendiquer les avantages qui y sont liés²¹⁹⁹. Cela n'est pas sans rappeler certains débats relatifs à la prescription²²⁰⁰. Monsieur Sautel estime, par exemple, que le titulaire est déchu de son droit lorsque son manquement est non fautif, tandis qu'il est déchu de l'avantage particulier que lui procurait son droit quand le manquement est fautif²²⁰¹. En conséquence, lorsque la perte porte exclusivement sur l'avantage conféré par le droit, il est des cas pour lesquels l'avantage pourrait être restauré²²⁰². Pour sa part, Madame Freleteau considère que l'inobservation de l'incombance, qu'elle dit être non fautive²²⁰³, provoque la perte du droit

FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, préf. P. REMY, LGDJ, 2003, n° 67, p. 63.

²¹⁹² S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *op. cit.*, p. 708 et 712.

²¹⁹³ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *loc. cit.*, n° 544 et s., p. 474 et s.

²¹⁹⁴ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *loc. cit.*, n° 597 et s., p. 518 et s.

²¹⁹⁵ O. SAUTEL, « Sur la déchéance en droit privé », *op. cit.*, n° 1, p. 487. V. égal. M. SALLE DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction du droit (essai de terminologie juridique) », *op. cit.*, n° 31, p. 1113.

²¹⁹⁶ V. « Déchoir », in *Dictionnaire historique de la langue française*, *op. cit.* : du lat. *decadere*, tomber.

²¹⁹⁷ V. « Déchéance », in *Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*

²¹⁹⁸ V. toutefois F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, *op. cit.*, n° 40, p. 36.

²¹⁹⁹ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *loc. cit.*, n° 428, p. 374, spéc. note 68 : l'auteur nous apprend que la controverse existe également en droit allemand.

²²⁰⁰ V. *supra*, n° 86.

²²⁰¹ O. SAUTEL, « Sur la déchéance en droit privé », *op. cit.*, n° 13 et s., spéc. n° 15 : « *a priori* moins rigoureuse que l'hypothèse précédente, cette privation *chirurgicale*, en maintenant le droit dépouillé de son aspect avantageux, se révèle, en réalité, plus redoutable. [...] L'établissement financier qui n'effectue pas les formalités d'information préalable en matière de crédit n'est pas déchu de son droit à récupérer le capital, mais se trouve privé de l'avantage qui consiste en la perception des intérêts. La déchéance provoque la gratuité du prêt, qui reste soumis à l'échéancier convenu, ce qui gêne évidemment le prêteur ». V. égal. S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *op. cit.*, p. 712.

²²⁰² O. SAUTEL, « Sur la déchéance en droit privé », *op. cit.*, n° 31 et s.

²²⁰³ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 239, p. 202.

substantiel auquel elle est rattachée²²⁰⁴. Cette conception sévère de la déchéance est justifiée par la nécessité de son caractère punitif : « [l]a déchéance n'est pas neutre. Il a été vu que sa dimension punitive est primordiale. En cela, elle doit nécessairement avoir un effet dissuasif, et l'extinction qu'elle occasionne doit être suffisamment grave pour que le cocontractant ne soit pas tenté de manquer à son incombance. Pour avoir un impact suffisant, elle doit donc avoir un effet particulièrement sévère. Or, il s'avère que la seule perte de la contrainte manque de ce caractère dissuasif et punitif et ne correspond pas à la philosophie de cette sanction. Considérer que la déchéance ne porterait que sur le droit d'agir et non sur le droit substantiel reviendrait à relativiser singulièrement sa dimension punitive »²²⁰⁵. Ainsi, le prêteur qui ne souscrit pas aux incombances d'information prévues aux articles L. 312-12 et L. 312-85 du Code de la consommation se voit privé de sa créance d'intérêts en vertu de l'article L. 341-1 du même code. De la même façon, le créancier qui n'informe pas la caution personne physique engagée pour un cautionnement indéfini « au moins annuellement » de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires est sanctionné par « la déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités » selon l'article 2293 du Code civil. À suivre cette thèse, la déchéance devrait porter sur le droit substantiel bien que, dans quelques hypothèses, la loi ne prévoit que la perte du droit d'agir²²⁰⁶. En cela, explique Madame Freleteau, la déchéance est une véritable peine²²⁰⁷. Par conséquent, la constatation d'un préjudice n'est pas requise²²⁰⁸, sauf exceptions²²⁰⁹. En outre, l'application de cette sanction est automatique, peu important que la déchéance soit le fruit d'une disposition légale ou d'une

²²⁰⁴ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 429 et s., p. 375 et s. ; Adde A. LE GARS, *La déchéance des droits en droit privé français*, dir. C. SAINT-ALARY-HOUIN, th. dactyl., Toulouse 1, 2003.

²²⁰⁵ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 430, p. 376.

²²⁰⁶ Par ex., l'incombance temporelle de deux ans imposée à l'acheteur dans la garantie des vices cachés par l'art. 1648 C. civ.

²²⁰⁷ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 438 et s., p. 381 et s. : l'auteur applique les principes de légalité et de personnalité de la peine. Dans le même sens, M. SALLE DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », *op. cit.*, n° 27, p. 1100 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 503, p. 365.

²²⁰⁸ V. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*, n° 440, p. 385. Adde A. LE GARS, *La déchéance des droits en droit privé français*, *op. cit.*, spéc. n° 373 : « l'intérêt de [la déchéance] est de sanctionner l'usage fautif d'un droit dès que la menace du préjudice se précise sans attendre sa réalisation effective ». F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits...*, *op. cit.*, n° 66 et s., p. 45. S. LICARI, « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *op. cit.*, p. 709.

²²⁰⁹ Par exemple en matière de déchéance du cautionnement, la Cour de cassation a ajouté une condition à l'article 2314 du Code civil en permettant au créancier d'échapper à la déchéance en prouvant que la perte du droit préférentiel a causé un préjudice inférieur au montant de son engagement, V. Cass. Civ. 1^{re}, 18 mai 2004, n° 03-12.284. Cass. Com. 30 juin 2009, n° 08-17.789 ; D. 2009. 2325, Y. PICOD ; *RTD com.* 2011. 168, A. MARTIN-SERF. En cas d'erreur minime sur le taux effectif global (TEG), la Cour de cassation refuse de sanctionner l'établissement de crédit pas la déchéance du droit aux intérêts. V. Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 2014, D. 2014. 2395, J. LASSERRE CAPDEVILLE. Cass. Civ. 1^{re}, 25 janv. 2017, *Gaz. Pal.* 4 avr. 2017. 20, S. PIEDELIEVRE ; *RTD com.* 2017. 152, D. LEGEAIS.

stipulation contractuelle et qu'elle soit invoquée devant le juge ou directement à l'encontre du cocontractant²²¹⁰. Comme sanction du manquement à l'incombance, elle se conçoit comme une véritable décharge pour le sujet auquel elle était destinée.

Ainsi précisé, l'autonomie du concept d'incombance se justifie. Cette « contrainte comportementale pesant sur le contractant titulaire d'un droit limitant *ab initio* l'aléa lié à sa mise en œuvre, et qu'il doit observer préalablement à son exercice s'il veut pouvoir en jouir ultérieurement »²²¹¹ joue un rôle préventif et complémentaire du devoir de bonne foi. La proximité de la qualification d'incombance avec les conditions formelles d'exercice des prérogatives contractuelles est patente. La rigidité de sa sanction se heurte, pourtant, aux conséquences plus clémentes d'un manquement à ces formalités dans le cadre des prérogatives contractuelles.

B. Confrontation des conditions formelles à la qualification d'incombance

443. La notion d'incombance regroupe les caractéristiques d'un ensemble de contraintes comportementales imposées aux sujets de droit dans des situations d'incertitude. Sa définition et ses finalités justifient l'analogie avec les conditions formelles d'exercice des prérogatives contractuelles (1). Néanmoins la rigidité de son régime crée un obstacle à cette qualification. La déchéance n'est pas la sanction des conditions formelles d'exercice des prérogatives contractuelles (2).

1) Assimilation des conditions formelles à la notion d'incombance

444. **Bien-fondé de l'incombance comme qualification des formalités d'exercice de la prérogative contractuelle.** On a déjà pu vérifier, de manière abstraite, que l'incombance est conforme aux conditions formelles d'exercice des prérogatives contractuelles. Décrite comme une contrainte comportementale et ponctuelle de résultat, elle s'apparente à l'accessoire de droits dont l'exercice est porteur d'incertitude. Elle permet de limiter en amont « les risques d'excès liés à l'exercice ultérieur du droit »²²¹² et

²²¹⁰ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 442 et s., p. 388 et s.

²²¹¹ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, loc. cit., n° 331, p. 293.

²²¹² B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, loc. cit., n° 315, p. 278.

s'apparente à une technique de prévention de la mauvaise foi. En théorie, donc, les prérogatives contractuelles s'annoncent comme la terre d'élection des incombances.

Ces vues se vérifient lorsqu'on compare chaque formalité d'exercice à l'incombance. Les formalités d'expression de la décision sont des contraintes comportementales ponctuelles. Comme le souligne Madame Freleteau, « l'incombance est souvent une exigence de comportement actif ». Elle cite à titre d'exemple « la notification par le locataire de son intention de préempter dans les deux premiers mois du délai de préavis »²²¹³. En outre, lorsque la mise en demeure intervient comme élément préalable à la revendication d'une sanction, en particulier d'une prérogative de sanction, elle « semble bien relever de la catégorie des incombances »²²¹⁴. Dans le même sens, le délai de préavis a pour fonction d'améliorer le sort du sujet passif face au risque de comportements discourtois du *potentior*. Il lui permet de se préparer à la modification qui va survenir en lui laissant un temps d'adaptation. Il ne fait pas de doute que ces diverses modalités d'exercice constituent non seulement des éléments préalables à la revendication d'un droit mais aussi des mécanismes préventifs autonomes intimement liés au principe de bonne foi dans sa dimension méthodologique. Pour autant, en dépit de ces points communs, l'incombance n'est pas la qualification adéquate si la déchéance est retenue comme la sanction de sa violation.

2) Rejet de la déchéance comme sanction de la violation des conditions formelles

445. Mal-fondé de la déchéance comme sanction du manquement aux modalités d'exercice. La conception de la déchéance comme peine sanctionnant une négligence face à l'avantage que le titulaire du droit aurait pu tirer de son exercice correspond aux conditions formelles d'exercice. Le manquement à l'exigence de notification, de mise en demeure ou de préavis représente une négligence, alors que le *potentior* recherche la modification qu'il considère comme un avantage. Pourtant, la sanction de la déchéance n'est pas adaptée. Ce n'est pas l'esprit punitif de la déchéance qui pèche mais son effet pratique : la perte du droit substantiel, c'est-à-dire de la prérogative, n'est pas la sanction de l'irrespect de l'une ou l'autre de ces modalités. On a vu que la jurisprudence *Les Maréchaux* avait interdit au juge de porter atteinte à la substance du contrat sur le fondement du manquement au devoir

²²¹³ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, loc. cit., n° 250, p. 210.

²²¹⁴ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, loc. cit., n° 251, p. 214.

de bonne foi. Dans l'interprétation que nous proposons, la substance correspond à l'existence des stipulations contractuelles qu'elle que soit leur nature²²¹⁵. Les obligations sont concernées, les prérogatives également. De manière générale, la loi, et elle seule, peut décréter la sanction de déchéance²²¹⁶. La sanction de la violation des conditions d'exercice de la prérogative s'avère être la « neutralisation » de son effet. La neutralisation vise l'exercice de la prérogative, non pas son existence. Elle n'est pas supprimée du contenu contractuel mais voit sa mise en œuvre paralysée lorsqu'elle est irrégulière²²¹⁷. Cette neutralisation peut se faire par équivalent, en octroyant des dommages-intérêts au sujet passif, ou en nature, en paralysant la modification. La disparition pure et simple de la prérogative n'a pas lieu. Le défaut de respect du délai de préavis dans le cadre d'une résiliation unilatérale a, par exemple, mené les juges à invalider l'effet prématuré de la prérogative. Approuvés par la Cour de cassation, les juges d'appel ont ordonné le maintien forcé du contrat en retardant les effets de la rupture au jour où elle aurait dû intervenir de manière régulière²²¹⁸. La prérogative de résiliation a donc *in fine* produit son effet ; son titulaire n'a pas été déchu de son droit. Dans le même sens, l'absence de mise en demeure ou de notification liées aux prérogatives de résolution ne conduit pas à priver d'existence ces prérogatives mais à les priver d'efficacité c'est-à-dire à empêcher la réalisation de la résolution du contrat²²¹⁹. La déchéance, conçue comme une sanction automatique²²²⁰, devrait à l'inverse entraîner *ipso facto* la disparition de ces droits. À cet égard, Madame Freleteau admet que la disposition relative à la clause résolutoire n'est « pas explicite sur les conséquences à l'égard du créancier en cas de revendication de la clause sans

²²¹⁵ V. *supra*, n° 27.

²²¹⁶ En ce sens, O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, spéc. n° 8 et s., p. 729 et s. V. aussi D. HOUTCIEFF, « Quelle sanction pour la contradiction ? », *op. cit.*, spéc. n° 12 ; du même auteur « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *JCP G.* 2009. 463, n° 19.

²²¹⁷ V. *infra*, n° 459 et s. En ce sens, D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 642-6. Rapp. O. DESHAYES, « La sanction de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 8 : l'auteur explicite la « neutralisation » au regard de ses deux acceptions possibles, le réputé non écrit et le réputé non accompli. Il réfute la première eu égard à l'exercice de mauvaise foi de la prérogative contractuelle. Comp. D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont devenir les règles jurisprudentielles non codifiées ? », *op. cit.* et *loc. cit.* qui s'interroge sur l'éventualité d'un renforcement de la sanction de l'exercice déloyal d'une prérogative contractuelle qui permettrait sa suppression pure et simple, à la faveur de la réforme.

²²¹⁸ Cass. Com. 27 sept. 2017, n° 16-13.112 ; *RTD civ.* 2017. 859, H. BARBIER ; *RTD com.* 2017. 935, J. MOURY ; *D.* 2018. 371, M. MEKKI ; *Rev. soc.* 2018. 27, S. KOUHAIZ. V. aussi J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *op. cit.*, p. 526. V. aussi pour le maintien forcé du contrat ordonné par le juge des référés, Cass. Com. 21 mars 1984, *op. cit.* ; Cass. Civ. 1^{re} 8 déc. 1987, *op. cit.* ; Cass. Com. 3 mai 2012, *op. cit.* ; Cass. Com. 14 fév. 1989, *op. cit.* ; Cass. Com. 3 déc. 1991, *op. cit.*

²²¹⁹ Par exemple, l'article 10 de la loi du 6 juil. 1989 (*op. cit.*) précise qu'à défaut d'un congé donné par le bailleur dans les formes et délais prévus par l'article 15, le contrat est reconduit ou renouvelé. Cette formulation confirme que la sanction réside dans la neutralisation de l'effet de la prérogative du congé, la déchéance devant être prévue par la loi en tant que peine.

²²²⁰ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *loc. cit.*, n° 442 et s., p. 388 et s.

mise en demeure »²²²¹. Selon nous, l'irrespect des formalités d'expression de la décision et du délai de préavis conduisent à neutraliser l'effet de la prérogative en privant la modification de sa force obligatoire. Cette privation porte uniquement sur l'exercice mais pas sur le droit substantiel. Au surplus, le sujet passif peut confirmer l'exercice irrégulier de la prérogative²²²². Le *potentior*, pour sa part, devrait pouvoir régulariser sa mise en œuvre²²²³ ou procéder à sa réfection. De cette façon, l'exercice irrégulier n'empêcherait pas une seconde mise en œuvre en bonne et due forme²²²⁴. Cette différence de sanction conduit à considérer les conditions formelles d'exercice comme de simples charges.

446. **Les charges.** « On peut hésiter quant à la signification à donner au mot charge. Il faut avouer qu'en droit, le terme est employé sous les acceptions les plus diverses, désignant tour à tour – la liste n'est pas limitative – une fonction professionnelle, une dépense pesant sur une personne ou même l'obligation de payer une somme d'argent »²²²⁵. Néanmoins, Monsieur Forest, se fondant sur l'article 1353 du Code civil et sur les charges processuelles de l'article 2 du Code de procédure civile, a décrit cette catégorie juridique. « L'idée maîtresse est – comme le relevait le *Vocabulaire juridique* Capitant – celle d'*autosanction*. Le plaideur qui n'allègue ni ne prouve ne nuit jamais à la situation juridique de son adversaire. [...] Plus largement, une partie de la doctrine considère que les sanctions accolées aux charges de l'article 2 du Code de procédure civile ne sont que les manifestations de l'absence auto-infligée d'un acte nécessaire à la réalisation des droits du plaideur défaillant »²²²⁶. Dans cette description, ces charges ressemblent à s'y méprendre aux incombances. C'est dans leurs régimes que point la différence²²²⁷. Les charges, en principe, sont dénuées de caractère catégorique : « si l'on adopte une vision étroite – limitée à la contrainte ou à la répression – de la notion de sanction, alors la charge pourrait se définir comme *un ordre sans sanction* »²²²⁸. En cela, les formalités d'exercice paraissent s'assimiler à des charges. Leur irrespect entraîne l'absence d'effet de la prérogative. Des sanctions ne sont mises en œuvre que lorsque, en dépit de cette absence d'effet, le *potentior* agit comme si la modification avait pris force

²²²¹ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 251, p. 214. L'auteur se fonde sur le texte du Projet d'ordonnance mais le nouvel article 1225 C. civ. n'est pas plus explicite sur ce point.

²²²² V. *infra*, n° 516 et s.

²²²³ V. *infra*, n° 521 et s.

²²²⁴ V. *infra*, n° 524 et s.

²²²⁵ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, op. cit., n° 492-493, p. 357-358.

²²²⁶ *Ibid.*

²²²⁷ M. Forest déduit de sa définition l'inutilité du concept d'incombance. Comp. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, op. cit., n° 52, p. 47.

²²²⁸ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, op. cit., n° 494, p. 358.

obligatoire. On peut alors estimer que les formalités d'exercice sont des charges, entendues comme des diligences comportementales exigées lors de l'exercice des prérogatives contractuelles et dont l'irrespect neutralise la réalisation de la prérogative, c'est-à-dire son effet. Les incombances, pour leur part, s'apparenteraient à des diligences d'un type particulier, sanctionnées par la déchéance du droit principal auquel elles se rattachent.

447. **Conclusion de la section.** Les conditions formelles d'exercice des prérogatives contractuelles peuvent être décrites comme des charges comportementales ponctuelles que le *potentior* doit respecter pour exercer valablement sa prérogative. Elles constituent des émanations du principe directeur de bonne foi dans l'exécution du contrat, en ce qu'elles ont vocation à injecter de la prévisibilité. Les formalités d'information du sujet passif incombent au *potentior* qui doit exprimer la réalisation prochaine de la modification. Ce faisant, il porte à la connaissance du cocontractant sa décision définitive ou éventuelle d'exercer la prérogative. Notification de l'exercice, mise en demeure et motivation sont incluses dans cette catégorie. Une autre formalité est propre à la temporalité de l'exercice de la prérogative. Des délais de préavis sont prévus pour retarder l'effet modificateur de la prérogative exercée afin de laisser le temps au sujet passif d'adapter sa propre situation au changement qui va survenir. Proches des incombances, ces conditions ne sont pas sanctionnées par une déchéance. Comme pour les conditions substantielles, l'usage déloyal n'autorise pas le juge à porter atteinte à la substance du contrat. Par conséquent, les sanctions de la violation de ces conditions doivent désormais être explorées.

448. **Conclusion du chapitre.** Le principe directeur de bonne foi connaît sa première et principale manifestation dans l'article 1104 du Code civil, grâce auquel les prévisions légitimes des parties, irriguées par la confiance qu'elles se sont accordées, peuvent être assurées. Les conditions substantielles d'exercice des prérogatives contractuelles en sont naturellement issues. L'incertitude que leur exercice engendre pour le sujet passif implique de contrôler la manière dont la prérogative est mise en œuvre et les raisons pour lesquelles elle est mise en œuvre. Les manifestations substantielles du principe de bonne foi constituent les suites de ces possibilités de dérives, et se résument à la bonne foi de type méthodologique et la bonne foi de type téléologique. Au terme de cette classification et par comparaison avec les droits de créance, la prérogative contractuelle apparaît comme le droit qui, de par sa nature, est le plus susceptible de faire l'objet d'un comportement en contradiction avec les attentes de son destinataire. Ce faisant, il est le droit le plus perméable à la condition substantielle de

bonne foi, dont les manifestations sont nombreuses. Au surplus, l'exigence de bonne foi est prolongée par des conditions de type procédural. Ces conditions formelles d'exercice constituent des moyens efficaces qui, sans éradiquer toutes les formes de malhonnêteté, préviennent de nombreux comportements déloyaux. À cet égard, elles constituent des manifestations du principe de bonne foi, destinées à faire naître puis à assurer les prévisions élémentaires du sujet passif quant à la mise en œuvre des prérogatives. Elles sont, de surcroît, indolores pour le *potentior*, faciles et peu coûteuses à mettre en œuvre. Leur autonomie normative par rapport à l'article 1104 du Code civil permet un contrôle de l'exercice de la prérogative plus rapide et moins subjectif.

449. **Conclusion du titre.** La multiplication des conditions à l'endroit des prérogatives contractuelles – conditions de validité, conditions d'existence, conditions d'exercice – fait entrevoir le contrôle accru de ces droits qui se justifie par leur nature. En particulier, les conditions d'exercice recèlent la recherche d'un équilibre, entre le besoin légitime auquel répond la prérogative pour son titulaire et les risques encourus par le sujet passif face à la contingence de sa situation. Les sanctions associées à la violation de ces conditions entérinent cette combinaison.

TITRE 2. REGIME DE L'EXERCICE DES PREROGATIVES CONTRACTUELLES

450. L'irrespect des conditions d'exercice de la prérogative constitue un exercice irrégulier, qui peut être critiqué pour être sanctionné. Comprendre le droit de critique suppose d'avoir préalablement étudié sa finalité.

L'exercice de la prérogative contractuelle est un acte unilatéral. Ordinairement conçu de façon autonome à l'image du testament, l'acte unilatéral n'est jamais traité sous l'angle de la réalisation d'une règle d'exécution d'un autre acte, le contrat. C'est pourtant le cas. La prérogative n'est pas émancipée du contrat ; elle se réalise sous sa tutelle. Par conséquent, sa mise en œuvre fait partie intégrante de l'exécution du contrat. Cette caractéristique implique d'envisager le régime des sanctions de l'exercice de la prérogative par ce double prisme, à la fois comme acte unilatéral et comme effet du contrat. Il en découle plusieurs remèdes possibles. Il convient alors d'approfondir les sanctions de l'exercice de la prérogative contractuelle (Chapitre 1). Une fois celles-ci identifiées, il s'agit de les mettre en œuvre en critiquant l'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle. Cependant, les règles qui organisent la remise en cause de l'exercice de la prérogative aboutissent à des issues variables en fonction de plusieurs facteurs. Ceux-ci conduisent soit à prononcer les sanctions soit à les exclure. Il convient ainsi d'étudier la critique de l'exercice de la prérogative contractuelle (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LES SANCTIONS DE L'EXERCICE

451. Les sanctions de la mise en œuvre de la prérogative sont plurielles. Leur diversité s'explique : l'exercice illicite de la prérogative contractuelle correspond à une figure entre deux rives. Il renvoie d'une part à la méconnaissance des conditions de validité d'un acte unilatéral, ce qui mène classiquement à sa nullité. Toutefois, cet exercice n'est pas un acte unilatéral autonome. Il ne se conçoit pas indépendamment de l'exécution du contrat. L'irrégularité de l'acte unilatéral a des répercussions sur les modalités d'exécution de l'acte contractuel, parfois même sur sa continuité. En outre, la nullité repose sur une fiction : celle de la négation de la survenance de l'acte. Cette fiction n'est pas toujours souhaitable pour le sujet passif ; elle n'est parfois pas adéquate compte tenu de l'irrégularité ou de la modification survenue. Si la nullité s'impose comme une sanction évidente de l'exercice de la prérogative (Section 1), le sujet passif doit pouvoir opter pour d'autres sanctions lorsque c'est pertinent, issues des remèdes à l'inexécution contractuelle²²²⁹ (Section 2).

Section 1. La nullité de l'exercice irrégulier

452. En dépit de sa formulation maladroite, l'arrêt *Les Maréchaux* consacre la neutralisation comme sanction possible de l'exercice déloyal des prérogatives contractuelles. C'est ce qu'indique la Chambre commerciale dans son communiqué²²³⁰. La Cour de cassation ne s'est toutefois pas risqué à qualifier juridiquement cette neutralisation. Quant à la doctrine, Monsieur Fages relève qu'elle appréhende « assez indifféremment que le juge contrôle, limite, écarte, empêche, paralyse ou neutralise le jeu de la clause »²²³¹. La protection de la « substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »²²³² empêche de retenir la déchéance de la prérogative ou le réputé non écrit comme sanction adéquate. Il ne s'agit pas de priver d'existence le droit mais d'empêcher que ses effets se réalisent (§1).

²²²⁹ La notion de « remèdes » à l'inexécution est plus large que celle de sanctions. Elle englobe les sanctions, destinées à punir le contractant qui a violé la loi contractuelle mais aussi les « solutions », destinées à remédier à la problématique de l'inexécution causée par un cas fortuit ou une force majeure. Sur ce point, V. M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016. 400. M. FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 2015. 639 : critique de la notion de remède qui « dissimule et dénie qu'une règle ait été violée ».

²²³⁰ Cass. Com. 10 juil. 2007, *loc. cit.*, et *Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007*, Cour de Cassation, *loc. cit.* V. en ce sens déjà, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 583, p. 459.

²²³¹ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, *op. cit.*, n° 765, p. 414.

²²³² Cass. Com. 10 juil. 2007, *loc. cit.* Sur la notion de « substance », V. *supra*, n° 27.

L'exercice de la prérogative contractuelle a été caractérisé comme un acte unilatéral²²³³. Les conditions de formation de cet acte correspondent aux conditions d'exercice de la prérogative, précédemment développées. La neutralisation s'analyse comme la nullité de l'exercice, qui permet de réguler les effets de l'acte irrégulier en protégeant la force obligatoire des stipulations. Elle s'impose comme la sanction principale de l'exercice irrégulier des prérogatives contractuelles. Les effets de la nullité s'enchâssent dans la situation contractuelle qui l'abrite. Ce faisant, la nullité a pour conséquence d'organiser un retour au *statu quo ante* : la situation contractuelle doit être exécutée dans son état originel. La modification est considérée comme n'étant jamais intervenue, ce qui ne va pas sans poser de difficultés. Ce constat révèle la nécessité de permettre le recours à d'autres sanctions lorsque la neutralisation est inadaptée (§2).

§1. Consécration de la neutralisation des effets de la prérogative contractuelle

453. Dans son communiqué, la Chambre commerciale rattache la neutralisation de la prérogative mise en œuvre à la « jurisprudence désormais classique en matière de clause résolutoire ». La sanction n'est pas nouvelle, donc, mais sa reconnaissance en termes généraux pour la catégorie des prérogatives contractuelles permet de l'ancrer dans le droit positif (A). Depuis longtemps, les juges usent de stratagèmes pour échapper à la qualification juridique de cette neutralisation²²³⁴. L'attitude déloyale du *potentior* permet d'affirmer que « la clause résolutoire ne pouvait s'appliquer en l'espèce »²²³⁵ ou « fait obstacle au jeu de la clause »²²³⁶. Couplées à la formule de l'arrêt *Les Maréchaux*, ces descriptions de la neutralisation de la clause résolutoire excluent les sanctions qui privent la prérogative de son existence dans le contrat. La peine porte sur son efficacité, qui est paralysée (B).

²²³³ V. *supra*, n° 24 et s.

²²³⁴ V. B. FAGES, *Le comportement du contractant*, *op. cit.*, n° 765, p. 413.

²²³⁵ Cass. Civ. 3^e, 16 oct. 1976, *Bull. civ.* III, n° 529, *op. cit.* V. aussi par ex., Cass. Com. 7 janv. 1963, *Bull. civ.* IV, n° 16 : « Mais attendu que, si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste subordonnée aux exigences de la bonne foi [...] Dès lors, en déduisant que la clause résolutoire n'avait pas produit son effet, les juges du fond n'ont fait qu'user du pouvoir qui leur appartient ».

²²³⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 22 juil. 1987, *Bull. civ.* I, n° 223.

A. Récurrence de la sanction de neutralisation

454. La neutralisation de la prérogative, une sanction ancienne. *Nihil nove sub sole*. Les commentateurs ne se sont pas étonnés de la faculté reconnue au juge de neutraliser la modification opérée par la prérogative contractuelle. Quoiqu'ils aient pu la discuter, celle-ci était déjà connue²²³⁷. Au reste, la Chambre commerciale l'admet volontiers dans son communiqué. Seule la généralité du propos est innovante. En ce domaine, la sanction jurisprudentielle la plus fameuse – parce que la plus ancienne – est la paralysie de la clause résolutoire²²³⁸. La sanction a ensuite été appliquée en dehors de ce cadre. Répandue en droit du travail²²³⁹, elle s'est diffusée à la clause de dédit²²⁴⁰, à la clause d'agrément sur la chose²²⁴¹ ou sur la personne²²⁴², à la prérogative de retrait de l'auteur d'une œuvre²²⁴³. Plus récemment, elle a été

²²³⁷ V. par ex. P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », *op. cit.*, n° 11 et s., p. 79 et s. O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, spéc. n° 10, p. 731. P. DELEBECQUE, « La bonne foi contractuelle : *quid nove sub sole* ? », *op. cit.* J. MESTRE et B. FAGES, « La bonne foi ne fait pas échec au bénéfice d'une garantie de passif », *op. cit.*, p. 773 : « cette solution n'est que l'expression de l'état du droit positif ». P.-Y. GAUTIER, « Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle », *op. cit.*, n° 4 et s. V. aussi P. STOFFEL-MUNCK, « Le créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *op. cit.*, n° 11 et s.

²²³⁸ Cass. Req. 11 juin 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.477. Cass. Civ. 1^{re}, 14 mars 1956, *Bull. civ.* I, n° 133. Cass. Com. 7 janv. 1963, *Bull. civ.* III, n° 16, *op. cit.* Plus récemment, Cass. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 57 ; *D.* 1995. 389, C. JAMIN ; *RTD civ.* 1995. 623, J. MESTRE : « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi ». Cass. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, *Bull. civ.* I, n° 52 ; *D.* 2000. 360, D. MAZEAUD. V. aussi Cass. Civ. 3^e, 25 nov. 2009, n° 08-21.384 ; *JCP G.* 2010.I.516, P. GROSSER. V. not. F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *op. cit.*, n° 13. Y. PICOD, « La règle morale et la clause résolutoire », *op. cit.*

²²³⁹ Une jurisprudence fournie relative à l'inefficacité de la clause de mobilité illustre ce mouvement, V. par ex. Cass. Soc., 18 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 219 ; *RTD civ.* 2000. 326, J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. Soc. 11 mai 2005, n° 03-43.040 ; *JCP G.* 2005.II.10177, M. MEKKI.

²²⁴⁰ Cass. Civ. 3^e, 11 mai 1976, *op. cit.*, implicitement confirmé par Cass. Civ. 3^e, 15 févr. 2000, n° 98-17.860 ; *RTD civ.* 2000. 565, J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2000. 1379, D. MAZEAUD ; *LPA* 2001, n° 198, p. 15, I. GALLMEISTER.

²²⁴¹ Par ex. Trib. Paix Paris 19 juin 1936, *Gaz. trib.* 1936.II.289, pour un refus de l'acquéreur « fondé sur un caprice et une fantaisie et non sur un motif sérieux ». V. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 895, p. 499. L'essai est une prérogative contractuelle dans la vente lorsqu'elle a été stipulée dans une clause par les parties ou dans l'hypothèses d'une vente à l'agrément. La vente « à l'essai » de l'art. 1588 C. Civ. renvoie en revanche à une condition suspensive non potestative eu égard à l'examen des qualités objectives de la chose qui exclut la puissance décisionnelle de l'acquéreur. V. *supra* n° 246.

²²⁴² CA Lyon, 11 févr. 1926, S. 1926.2.13, cité par P. STOFFEL-MUNCK, « Entre la bonne foi et le respect des clauses, que choisir ? » (2^e partie), *op. cit.* : « si le titulaire du droit d'agrément l'oppose de mauvaise foi, son refus pourra être levé par le juge, ce qui revient à le priver de son effet. La solution est fort ancienne ».

²²⁴³ Cass. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 157 ; V. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 695, p. 507.

appliquée à la clause de modification des supports financiers²²⁴⁴, à la clause d'unité de comptes²²⁴⁵ ainsi qu'au droit de rétractation du souscripteur d'une assurance sur la vie²²⁴⁶. Les causes de cette sanction résident aussi bien dans les manquements à la bonne foi substantielle que dans la violation des conditions formelles d'exercice des prérogatives.

455. La neutralisation pour usage déloyal. Monsieur Stoffel-Munck a défendu l'adéquation de la sanction d'inefficacité à la seule faute d'abus téléologique²²⁴⁷. Il ne fait pas de doute que la prérogative dont l'exercice poursuit une finalité prohibée peut voir son effet paralysé²²⁴⁸. Dans le domaine de la bonne foi méthodologique aussi, cette sanction trouve à s'appliquer²²⁴⁹. D'une part, l'arrêt *Les Maréchaux* ne promeut aucune distinction. À ce propos, les juges de la Chambre commerciale n'utilisent pas le terme « abus », généralement associé au détournement de finalité²²⁵⁰, mais les notions de bonne foi et de loyauté. D'autre part, les deux dimensions de la déloyauté ne font plus qu'une dans quantité de cas : la méthode employée par le *potentior* sert le but visé. Le mélange de la forme et de la fin a justifié leur réunion sous l'égide de la bonne foi et, par conséquent, l'identité de la sanction qui peut leur être appliquée. Enfin, même en l'absence d'un détournement de prérogative, la déloyauté méthodologique s'analyse comme la trahison des prévisions légitimes du sujet passif. Une

²²⁴⁴ Cass. Civ. 2^e, 7 mai 2009, n° 08-16. 500, n° 08-16.501, n° 08-17.325, *op. cit.* : Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu condamner l'assureur, sans porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenues entre les parties, à exécuter ses obligations en rétablissant les supports tels qu'ils figuraient ou par équivalents, sur la liste des supports annexée au contrat du 31 janvier 1995 afin que la clause d'arbitrage à cours connu reprenne sa pleine efficacité ».

²²⁴⁵ Cass. Com. 8 mars 2005, *op. cit.* La clause d'unité de compte permet à la banque de faire fonctionner comme un compte unique des comptes distincts et d'opérer unilatéralement des compensations entre eux (V. Cass. Com. 2 mars 2010, n° 09-12.087). En ce sens, cette clause reçoit la qualification de prérogative contractuelle.

²²⁴⁶ Cass. Civ. 2^e, 19 mai 2016, *op. cit.*, et la note de H. BARBIER, *RTD civ.* 2016. 605, *op. cit.* : « Ce qui fait tout l'apport de cet arrêt, au-delà naturellement de son importance en droit des assurances, tient dans la possible extrapolation à tout droit de rétractation de la solution qu'il porte. Si l'arrêt demeure rendu sous un visa de droit spécial, les articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2 du Code des assurances, la généralité de certains pans de sa motivation lui donne une dimension tout autre ».

²²⁴⁷ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 789 et s., p. 564 et s. ; Comp. P. ANCEL, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », *op. cit.*, n° 20, p. 82. Sur la distinction entre bonne foi méthodologique et bonne foi téléologique, V. *supra*, n° 369 et s. et n° 392 et s.

²²⁴⁸ En ce sens par ex., Cass. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *op. cit.*

²²⁴⁹ V. aussi P. ANCEL, Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », *op. cit.*, n° 20, p. 82 : « D'une manière générale, on peut ne pas être convaincu par la nécessité d'établir une distinction rigide entre les différents cas de manquements à la loyauté contractuelle, un même comportement pouvant, suivant le contexte, être qualifié de manquement à la bonne foi ou d'abus de droit sans que cela semble déterminant de la nature de la sanction qui en découle ». Du même auteur, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E. Cahiers de droit de l'entreprise*, 1998/6. 30. V. égal. O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 18, p. 734 : qui indique que « l'examen du contentieux ne fait pas apparaître ce type de distinction ». Rapp. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 583, p. 459. Comp. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 321 et s., p. 271 et s.

²²⁵⁰ V. *supra*, n° 348.

différence de régime ne se justifie pas. La mauvaise foi dont le *potentior* fait preuve est indissociable de l'exercice de la prérogative et permet au juge d'empêcher que ses effets se réalisent. C'est ce qui s'est produit dans de nombreux arrêts sans qu'il soit imposé aux juges du fond de caractériser le détournement de finalité de la prérogative²²⁵¹. De façon générale, « l'exercice abusif d'un droit équivaut à un comportement sans droit, qui devrait à ce titre être privé des effets juridiques qu'il devrait normalement produire »²²⁵².

456. La neutralisation pour violation des conditions formelles. Bien que l'arrêt *Les Maréchaux* n'en souffle mot, la violation des conditions procédurales peut aussi entraver l'efficacité de la prérogative. Le législateur l'admet implicitement en décidant que le congé donné par le bailleur dans la méconnaissance des formes et délais prévus par l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 est sanctionné par la reconduction ou le renouvellement du contrat²²⁵³. La jurisprudence a fait application d'une logique identique à propos de la clause résolutoire. L'absence de notification de la décision au sujet passif la prive d'effet, de même qu'il n'est pas permis au *potentior* de faire l'impasse sur la mise en demeure lorsqu'elle est exigée²²⁵⁴. Là encore, la force contraignante de la règle qui impose la condition prive d'efficacité l'exercice de la prérogative dans le cas de sa violation.

La neutralisation de l'exercice irrégulier la prérogative est donc une sanction usuelle et seule sa consécration par une formule normative constitue une nouveauté apportée par l'arrêt du 10 juillet 2007. Il faut que tout change pour que rien ne change. Malgré le mutisme du législateur de la réforme du droit des contrats, la généralisation de la sanction de neutralisation à l'ensemble des prérogatives contractuelles dont il a été fait un usage illicite devrait continuer à s'appliquer²²⁵⁵. Rien ne s'y oppose. Priver d'efficacité un élément de la situation contractuelle peut cependant correspondre à divers mécanismes juridiques. La neutralisation de l'exercice de la prérogative doit être qualifié afin d'en percevoir les subtilités et les exceptions.

²²⁵¹ Par ex. Cass. Com., 7 janv. 1967, *Bull. civ.* IV, n° 16, *op. cit.* Cass. Civ. 3^e, 5 juin 1991, *Bull. civ.* III, n° 163, *op. cit.*

²²⁵² P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 38.

²²⁵³ Art. 10, loi du 6 juil. 1989, *loc. cit.*

²²⁵⁴ V. Cass. civ. 3^e, 11 octobre 1977, *Bull. civ.* III, n° 331 ; *JCP G.* 1977.IV.289 : « pour avoir effet, il faut que la mise en demeure visant la clause résolutoire d'un bail commercial indique de façon précise les manquements auxquels il doit être remédié ». V. aussi Cass. civ. 3^e, 23 février 1982 ; *RTD civ.* 1982. 619 P. REMV. Cass. civ. 3^e, 1^{er} octobre 1975, *Bull. civ.* III, n° 268. Cass. civ. 3^e, 22 juillet 1987, *Bull. civ.* III, n° 152.

²²⁵⁵ Dans le même sens, C. CHABAS, « Résolution – Résiliation », *in Répert. dr. civ. op. cit.*, n° 136.

B. Signification de la sanction de neutralisation

457. **Neutralisation de l'exercice et déchéance du droit.** On ne peut que s'étonner du vocable employé par la Cour de cassation : la « neutralisation » de la prérogative, censée venir expliciter la règle énoncée, n'est pas d'une grande clarté. Si son premier sens renvoie à la neutralité du régime sous lequel peuvent être placés des personnes ou des territoires, le *Vocabulaire juridique* de Cornu indique que le terme peut être entendu comme la « privation d'effets »²²⁵⁶ d'un acte. La neutralisation doit se comprendre comme une paralysie ou un blocage²²⁵⁷, non comme une perte. À cet égard, la neutralisation de la prérogative renvoie à son inefficacité²²⁵⁸, forme de « réputé non accompli » plutôt que de réputé non écrit²²⁵⁹. Elle attaque les effets d'un droit mais n'attaque pas son existence, à l'inverse de la déchéance²²⁶⁰. La déchéance n'est pas adaptée à la violation des conditions d'exercice de la prérogative²²⁶¹ : « [l]'extinction pure et simple de la prérogative n'est pas admissible. [...] Le comportement unilatéral d'une partie ne peut suffire à justifier l'extinction du contrat ou la suppression de l'une de ses stipulations »²²⁶². De façon générale, « l'abus de droit n'a jamais justifié la disparition du droit. Qui songerait à dire que le propriétaire qui abuse de son droit doit perdre la propriété ? »²²⁶³. Cette affirmation est corroborée par la formule de l'arrêt *Les Maréchaux* : la Chambre commerciale a fait interdiction au juge de toucher à la « substance » des « droits » et des « obligations » du contrat. En l'occurrence, la substance renvoie à l'existence de l'ensemble des droits stipulés par les parties ; les prérogatives contractuelles ne font pas exception²²⁶⁴. Il ne s'agit pas de priver le *potentior* de son droit mais de le priver des bénéfices de sa mise en œuvre illicite. Face à l'exercice irrégulier de la prérogative, le sujet passif peut invoquer la non-réalisation de la modification. L'inefficacité de la prérogative se présente

²²⁵⁶ V. « Neutralisation », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²²⁵⁷ En ce sens, T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 350, p. 254.

²²⁵⁸ En ce sens déjà, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 791 ; C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil...*, *op. cit.*, n° 203

²²⁵⁹ O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, spéc. n° 10, p. 730.

²²⁶⁰ Sur la nature de la déchéance, V. *supra*, n° 441 et s.

²²⁶¹ En ce sens, O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, spéc. n° 8 et s., p. 729 et s. Comp. E. SAVAUX, note sous Cass. Com. 10 juil. 2007, *op. cit.* : « la déchéance de la prérogative considérée serait sans doute préférable. Le créancier est alors privé, par l'effet de cette sanction, du droit ou du pouvoir qu'il aurait pu normalement exercer contre le débiteur ».

²²⁶² D. HOUTCIEFF, « Quelle sanction pour la contradiction ? », *loc. cit.*, spéc. n° 12 ; du même auteur « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *op. cit.*, n° 19. Comp. B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *op. cit.*

²²⁶³ O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 730.

²²⁶⁴ V. *supra* n° 27.

donc comme une technique qui permet d'assurer l'effectivité des conditions de mise en œuvre. Ce faisant, la prérogative ne produit pas l'effet voulu par son titulaire : sa décision est sans valeur juridique, la modification est dénuée de force obligatoire. La différence entre la neutralisation de l'exercice et la déchéance du droit a des conséquences immédiatement décelables. La neutralisation provoque un retour à l'état antérieur à l'exercice qu'on paralyse. Tout se passe alors comme si la prérogative n'avait pas été exercée. Pour autant, elle pourra l'être par la suite sous réserve que ce nouvel usage soit conforme aux conditions d'exercice imposées, ce que la déchéance ne permet pas.

La distinction entre la neutralisation – qui porte sur l'exercice du droit – et la déchéance – qui porte sur l'existence du droit – n'est possible qu'en raison de la nature de la prérogative contractuelle. Elle est inenvisageable à propos d'une obligation : priver d'effet un droit de créance revient à le priver d'existence. En effet, neutraliser les effets d'un droit tout en préservant sa substance suppose qu'un acte unilatéral du titulaire du droit s'interpose entre l'existence du droit et la réalisation de ses effets. C'est le cas en matière de prérogatives contractuelles qui nécessitent un exercice par le *potentior*, sous peine de rester lettre morte. Il est, alors, possible de paralyser cet exercice sans altérer le droit lui-même. En revanche, lorsque le droit se réalise sans nécessiter une action de son titulaire, le priver d'effet revient à le priver d'existence²²⁶⁵. Par exemple, dans l'arrêt *Les Maréchaux*, il n'est pas possible de neutraliser la créance de garantie de passif au motif que le passif est né de la faute du créancier tout en maintenant sa présence dans le contrat. L'existence de la créance serait seulement virtuelle mais n'aurait jamais vocation à être payée ; ce qui revient à déchoir le créancier de son droit.

En matière de prérogative contractuelle, la neutralisation est souhaitable dès lors qu'elle est possible. Elle est le pendant de la constatation par le juge de l'acquisition des effets du droit régulièrement exercé. Le juge s'efforce alors de faire respecter la loi du contrat. Il constate la modification si la prérogative a été mise en œuvre correctement ou la frappe d'inefficacité si tel n'est pas le cas. Ces issues constituent les suites logiques de l'appréciation par le juge du respect des conditions qui régissent le jeu de la prérogative. Jugement déclaratif par excellence, il se borne à apprécier la conformité de l'exercice du droit à ses conditions²²⁶⁶. D'un

²²⁶⁵ C'est pourquoi on dit que l'obligation est « exécutée » ou « payée » par le débiteur mais pas qu'elle est « exercée » par le créancier.

²²⁶⁶ V. F. EUDIER et N. GERBAY, « Jugement », in *Répert. proc. civ.*, Dalloz, oct. 2018 (actu. : déc. 2019), n° 397 et s. Dans le même sens, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 796, p. 582.

point de vue théorique, la neutralisation perfectionne le droit en permettant de s'assurer que, mal exercé, il sera considéré comme non exercé sans pour autant remettre en cause son existence. La décision, en tant qu'acte unilatéral qui s'interfère entre l'existence du droit et son efficacité, permet une neutralisation sans déchéance. De la sorte, frapper d'inefficacité la mise en œuvre de la prérogative faite en violation des conditions requises revient précisément à préserver la substance de ces droits tout en protégeant la licéité de leur exercice²²⁶⁷. La neutralisation de la prérogative est ainsi garante de la force contraignante des conditions de sa mise en œuvre, et s'applique tant aux conditions substantielles qu'aux conditions formelles auxquelles elle est subordonnée. Ainsi comprise, la neutralisation doit être qualifiée juridiquement.

§2. Caractérisation de la neutralisation en nullité de l'exercice irrégulier

458. La mise en œuvre de la prérogative correspond à une décision, précédemment caractérisée comme un acte unilatéral. Sa neutralisation s'analyse comme un « réputé non accompli ». Priver d'effet l'exercice de la prérogative revient à empêcher la réalisation de cet acte juridique dont une condition de validité fait défaut (A). La qualification de la neutralisation est une nullité de l'acte unilatéral décisionnel, qui a pour conséquence la remise du contrat dans son *statu quo ante* (B).

A. Violation d'une condition de validité de l'acte unilatéral décisionnel

459. **L'acte unilatéral de décision.** La nullité sanctionne un acte juridique dont les conditions de validité n'ont pas été respectées. L'exercice de la prérogative consiste en l'expression de la décision portant modification. Il a été qualifié d'acte unilatéral « parfait » : la manifestation de volonté a non seulement pour but mais aussi pour effet direct de modifier l'ordre juridique en permettant l'adaptation d'une règle du contenu contractuel²²⁶⁸. La prérogative est donc un droit qui autorise son titulaire à prendre des actes unilatéraux lors de l'exécution contractuelle. La caractérisation de la décision modificatrice comme acte

²²⁶⁷ Comp. B. FAUVARQUE-COSSON, *D.* 2007. 2966, *op. cit.* : « priver d'effet une clause, même accessoire, n'est-ce pas aussi réviser le contrat et, en pratique, le juge ne risque-t-il pas de porter "atteinte à la substance des droits et obligations légalement convenus entre les parties" ? ».

²²⁶⁸ V. *supra*, n° 42.

unilatéral incite à s'interroger sur la validité d'un tel acte eu égard aux conditions d'exercice de la prérogative.

L'émancipation de l'acte juridique est due à la réforme du 10 février 2016. Les articles 1100 et 1100-1 du Code civil l'ôte de la tutelle du contrat sous laquelle il était auparavant. Néanmoins, l'acte unilatéral fait piètre figure en ce qu'il obéit « en tant que de raison » pour sa validité et ses effets aux règles qui gouvernent les contrats, aux termes du second de ces textes. L'absence de régime propre à cette catégorie d'acte contraint à adapter les règles du contrat pour les lui appliquer. Pourtant, vérifier que le consentement du *potentior* à sa propre décision n'est pas vicié n'est pas suffisant, sans quoi la limite raisonnable à l'analogie entre le contrat et l'acte unilatéral décisionnel serait franchie. À l'évidence, les conditions propres aux vices du consentement dans le contrat restent opérantes en matière de vices de la décision. Par application des articles 1100-1, alinéa 2, et 1130 et suivants du Code civil, le titulaire de la prérogative pourrait invoquer les vices du consentement pour neutraliser l'exercice de sa prérogative. Dans ce cas de figure, le sujet passif agit de façon dolosive (ou violente) de sorte qu'il incite le *potentior* à exercer son droit sur le fondement de fausses informations. Par exemple, un bailleur peut faire croire au preneur que l'immeuble loué risque d'être prochainement détruit pour obtenir de lui qu'il exerce son congé. Même sans intervention du sujet passif, le *potentior* peut invoquer une erreur dans sa décision. C'est, par exemple, ce qui survient lorsque le contrat définitif qui est annulé pour erreur est né de l'exercice d'une option dont la décision était viciée²²⁶⁹. Ce cas d'espèce révèle que le *potentior* peut invoquer un vice de l'acte unilatéral décisionnel. Les « vices de la décision » apparaissent ainsi comme l'expression de la protection du consentement du *potentior* à l'acte unilatéral dont il est l'auteur²²⁷⁰. Pour autant, ces hypothèses trouvent rarement à s'appliquer. C'est surtout du point de vue du sujet passif que la validité de cet acte doit être envisagée.

²²⁶⁹ Par souci de simplification, la situation est ramenée au schéma le plus simple de conclusion du contrat définitif, c'est-à-dire comme s'il ne procédait pas d'une promesse de contrat antérieure. En réalité, l'acheteur qui lève l'option pour conclure la vente définitive avant d'invoquer l'erreur sur la chose soulève le vice de sa décision d'exercice de la prérogative d'option, non le vice de son consentement relatif à la conclusion du contrat de promesse. Cette hypothèse engendre, *in fine*, l'annulation du contrat tout entier puisque la modification générée par la décision avait vocation à consolider son existence juridique. Sur l'unité de la situation contractuelle qui regroupe le contrat de promesse et le contrat définitif, V. *supra*, n° 57.

²²⁷⁰ On a dit l'interdiction adressée au *potentior* de revenir sur l'exercice de sa prérogative (V. *supra*, 316). Cette éventualité ne se confond pas avec celle de neutralisation de la décision viciée mais des tentatives de fraudes sont à envisager. Le décisionnaire sera peut-être tenté de plaider l'erreur pour revenir impunément sur la modification effectuée. C'est sur le terrain de la preuve que l'issue pourra être trouvée, ce qui tend à confirmer le rôle central du juge dans l'examen du consentement à l'acte juridique (Sur la prohibition de la prérogative de nullité, V. *supra*, n° 261 et s). La motivation de la décision pourrait apparaître comme un élément qui, favorisant la connaissance des motifs de la décision, permettrait de repérer l'erreur. Cet argument – qui irait dans le sens de

460. **Assimilation des conditions d'exercice de la prérogative aux conditions de validité de la décision du *potentior*.** S'assurer que le consentement du *potentior* à la modification de la règle contractuelle n'est pas vicié ne suffit pas à garantir la validité de l'acte. Cela reviendrait, dans un contrat, à vérifier le consentement d'une seule des parties. Pour autant, s'intéresser au consentement du sujet passif de la prérogative est peine perdue puisque, par définition, il n'est pas requis. Sa situation ne doit pas être laissée à l'abandon, cependant. Le manque de régime des actes unilatéraux dissocié de celui du contrat se fait sentir ici. Seul l'acte unilatéral d'exercice d'un droit potestatif intro-actif peut se contenter du contrôle de la décision de son auteur compte tenu de l'absence de sujet passif. L'acte unilatéral d'exercice d'un droit potestatif extra-actif suppose, pour sa validité, de protéger son destinataire. C'est au travers des prévisions du sujet passif que ce contrôle est possible. À la protection du consentement (inexistant) du destinataire de l'acte, il faut substituer la protection de la non-contradiction de l'acte avec la confiance légitime qu'il a accordée et les attentes qui en découlent. Cette fonction est remplie par les conditions d'exercice de la prérogative. Un transfert de l'objet sur lequel porte la protection du destinataire de l'acte a lieu. Il se consolide autour de ses prévisions à défaut de pouvoir porter sur son consentement. En d'autres termes, les conditions d'exercice de la prérogative s'analysent comme les conditions de validité de l'acte unilatéral de décision. L'efficacité de l'exercice de la prérogative est donc subordonnée à ces multiples conditions. La sanction de leur violation est, comme pour tous les actes juridiques, la nullité.

B. Conséquence de la nullité de l'exercice irrégulier sur le contrat

461. La nullité se présente comme une « sanction rationnelle à même de frapper l'acte unilatéral »²²⁷¹ (1). Elle revient à exclure de l'ordre juridique l'acte illicite pour le passé et pour l'avenir. Anéantir l'acte conduit à replacer les parties dans l'état où elles se seraient trouvées si la prérogative n'avait pas été mise en œuvre. Pourtant, la fiction de la rétroactivité est parfois inatteignable. C'est aussi vrai quand la nullité frappe le contrat que lorsqu'elle s'attaque à un acte unilatéral qui se réalise lors de l'exécution du contrat. Le retour du contrat

la généralisation de l'exigence de motivation – est stérile. La fraude peut être organisée au stade de la motivation. En outre, la règle selon laquelle « nul ne peut se constituer de titre à soi-même », inscrite à l'article 1363 du Code civil, devrait empêcher de percevoir la preuve des vices de la décision du *potentior* dans sa seule motivation.

²²⁷¹ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 603, p. 476.

à son état antérieur connaît certaines limites qui révèlent la nécessité du recours à d'autres sanctions (2).

1) Annulation de l'acte unilatéral décisionnel

462. La nullité de l'exercice. Le manquement aux conditions de validité d'un acte juridique est sanctionné par sa nullité, soit par son anéantissement. La nullité équivaut au réputé non accompli de l'exercice et se distingue du réputé non écrit du droit²²⁷². Seul l'irrespect des conditions de validité du droit le prive d'existence dans l'ordre juridique. La violation de ses conditions d'exercice n'engendre que la disparition de l'acte ponctuel de mise en œuvre du droit. Puisque l'exercice de la prérogative est un acte juridique, les conditions d'exercice sont les conditions de validité de cet acte. La constatation d'un vice originaire relatif à la formation de l'acte procède de l'absence ou de l'irrégularité d'au moins une condition exigée pour lui donner naissance. Puisque cet acte se réalise dans le contrat, l'enjeu de sa neutralisation est de réguler les effets du contrat en empêchant l'acte irrégulier de produire des effets en son sein. Pour ce faire, l'exercice est frappé de nullité. Il faut mettre le sujet passif dans la situation du contractant qui n'a pas été assujéti à une modification effectuée de manière illicite.

463. Nullité relative. La nullité de l'exercice de la prérogative s'apparente à une nullité relative. Elle protège l'intérêt privé du sujet passif ce qui, en vertu de l'article 1179 du Code civil, écarte la nullité absolue. La dimension d'ordre public rattachée à l'exigence de bonne foi par l'article 1103 du Code civil ne remet pas en cause le caractère relatif de cette nullité. La bonne foi a vocation à protéger la personne du cocontractant, en l'occurrence du sujet passif²²⁷³. De même, les conditions formelles ont pour but de limiter l'incertitude du sujet passif liée à la mise en œuvre de la prérogative. La sauvegarde d'un intérêt particulier est toujours mobilisée plutôt que celle de l'intérêt général. On peut néanmoins réserver l'hypothèse de la déloyauté téléologique conçue par le *potentior* dans le but de contourner une règle ayant vocation à préserver l'intérêt général en sus d'un intérêt particulier. Par exemple, la prérogative exercée pour servir une finalité discriminatoire (et plus généralement les

²²⁷² En ce sens, O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, spéc. n° 8, p. 729.

²²⁷³ L'ordre public dont il est question est un ordre public de protection, ce qui explique que les parties puissent conventionnellement étendre le degré requis de loyauté mais non le supprimer. V. J. MESTRE et B. FAGES, « Ordre public de protection et place de la volonté des partis », *RTD civ.* 2004. 285.

tentatives de contournement d'une règle de droit pénal) pourrait être frappée de nullité absolue²²⁷⁴, au même titre que le Ministère public s'en empare indépendamment de ce que la victime de l'infraction entend faire. Hormis cette hypothèse, la protection du sujet passif est au cœur de ces conditions, ce qui caractérise une nullité relative.

464. Nullité judiciaire facultative. Pour prononcer la nullité de l'exercice de la prérogative, le juge ne se heurte pas au brocard « Pas de nullité sans texte ». Cet adage a été décrit comme un « pseudo-principe » tant son domaine est réduit et ne connaît pas d'application en matière contractuelle ; la recevabilité de la nullité virtuelle s'impose²²⁷⁵. Une autre question est celle de savoir si la nullité s'impose au juge, ou si celui-ci bénéficie d'un pouvoir d'appréciation. La nullité *ipso jure* est de principe en droit français, mais des hypothèses de nullité *officio praetoris* existent²²⁷⁶. Ces nullités sont facultatives : le juge reste « libre de sa décision finale, c'est-à-dire qu'il [jouit] de la faculté de faire disparaître ou non l'acte vicié en fonction de pures considérations d'opportunité tirées des circonstances de la cause »²²⁷⁷. La nullité de l'exercice irrégulier de la prérogative doit être classée parmi elles. Compte tenu de son implication dans le contrat, l'exercice de la prérogative ne peut pas toujours être neutralisé de sorte qu'un retour à l'état antérieur a lieu. La nullité d'un acte unilatéral qui intervient dans le rapport contractuel « ne manque pas de poser de nombreuses difficultés de mise en œuvre »²²⁷⁸. C'est ce qui explique que la neutralisation ne soit pas la sanction unique de la mise en œuvre illicite de la prérogative, ce que rappelle la Chambre commerciale dans son communiqué²²⁷⁹.

465. Nullité conventionnelle. Aux termes de l'article 1178 du Code civil, la nullité peut également être constatée d'un commun accord par les parties. En pratique, le processus de la nullité conventionnel prend racine dans l'opposition du sujet passif à la modification. Encore faut-il que la chose soit possible, or on a pu constater que ce contractant était réduit à

²²⁷⁴ Rappr. *Avant-projet CATALA*, art. 1129-1, al. 2 qui dispose *in fine* que « lorsque l'intérêt privé procède d'une valeur fondamentale, comme la protection du corps humain, la nullité revêt un caractère absolu ».

²²⁷⁵ Sur l'opposition entre nullité textuelle et nullité virtuelle, V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 399. Y. PICOD, « Nullité », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, juil. 2019, n° 38 et s. V. aussi A. DADOUN, « Le spectre de l'adage "pas de nullité sans texte" en droit des contrats », *in* « Pas de nullité sans texte », *RDC* 2018. 139. A. POSEZ, « Pas de nullité sans texte : Enquête sur la positivité d'un principe d'hier à aujourd'hui », *in* « Pas de nullité sans texte », *RDC* 2018. 163. V. aussi Cass. Civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, *Bull. civ. I*, n° 303 ; *JCP G.* 2005.I.141, A. CONSTANTIN. Sur l'histoire de la maxime, D. DEROUSSIN, « Pas de nullité sans texte. Éléments pour une archéologie d'une directive », *in* « Pas de nullité sans texte », *RDC* 2018. 145.

²²⁷⁶ V. par ex. art. L. 632-2 C. com.

²²⁷⁷ O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat, op. cit.*, n° 502, p. 348.

²²⁷⁸ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, op. cit.*, n° 603, p. 476.

²²⁷⁹ *Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007*, Cour de Cassation, *loc. cit.*

la passivité forcée en raison de la nature même du droit potestatif²²⁸⁰. Sa résistance matérielle est possible lorsque l'effet de la prérogative est créateur d'une obligation dont le sujet passif est débiteur. C'est le cas, par exemple, de la prérogative de fixation du prix dont le créancier est aussi *potentior*. C'est également le cas quand la prérogative de résolution engendre des obligations de restitution. Le sujet passif peut y faire obstacle. Il lui est loisible d'obstruer l'effectivité de la prérogative, si bien que deux options se présentent aux parties. Le *potentior*, sûr de son fait, peut engager une action tendant à faire constater l'acquisition des effets de la prérogative. Il agira en exécution forcée du paiement du prix unilatéralement fixé, par exemple. Il arrive aussi que le *potentior*, sachant son exercice fautif, succombe à la résistance du sujet passif : il n'agit pas en justice pour obtenir satisfaction, c'est-à-dire pour voir sa décision produire la modification désirée. Ainsi du cas où l'auteur de la résolution par notification attends des restitutions de la part de son cocontractant, c'est-à-dire qu'il attend que la résolution produise ses effets. Le sujet passif, débiteur de l'obligation de restitution, s'y oppose en arguant que la prérogative a été mise en œuvre de manière illicite. Le *potentior* renonce alors à ses demandes en restitution : son inaction en accord avec la résistance opposée par le sujet passif se comprend comme une nullité par consensus. Le *potentior* sait l'irrégularité de sa décision et l'admet tacitement par son comportement, sinon explicitement. Quel que soit le chemin et le temps pris par les parties, la critique de l'exercice illicite par le sujet passif aboutit soit à un jugement déclaratif de nullité soit à une nullité conventionnelle.

Une autre conception a pu être proposée. Monsieur Stoffel-Munck compare la résistance du sujet passif à l'exception d'inexécution, qu'il renomme en conséquence « l'exception d'abus »²²⁸¹. « L'institution permet au contractant d'opposer au titulaire du droit un refus d'obéissance dont le bien-fondé sera contrôlé *a posteriori*, mais qui a pour immédiat avantage de sauvegarder ses intérêts »²²⁸². L'analyse est séduisante. Cependant, qualifier la neutralisation de nullité semble plus adaptée. L'exception d'inexécution fait sens lorsqu'une obligation est inexécutée de sorte que sa contrepartie est mise en suspens. Il y a deux droits qui constituent chacun la réciproque de l'autre. Leur réalisation est suspendue tant que la situation ne se débloque pas. C'est une forme de chantage légitime qui s'exerce alors : tant que *Primus* ne s'exécute pas, il est privé de l'avantage qu'il attend de *Secundus*. Pour leur part, les situations respectives du sujet passif et du *potentior* ne sont que les deux faces d'un même droit. Le sujet

²²⁸⁰ V. *supra*, n° 50 et s.

²²⁸¹ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 796, p. 582.

²²⁸² *Ibid.*

passif ne procure pas un avantage au *potentior* mais s'incline devant la force obligatoire de l'effet de la prérogative correctement mise en œuvre. Son refus d'exécuter les obligations issues de l'exercice illicite de la prérogative s'explique par le fait que celles-ci ne sont pas nées dans l'ordre juridique. Il manque à l'acte décisionnel l'une de ses conditions de validité. Il est donc censé ne pas exister. Ce n'est pas une exception que refuser de s'acquitter de ce qui n'est pas et n'a jamais été dû ; or c'est vers cette fiction que tend la nullité. S'il résulte du comportement du *potentior* que celui-ci l'admet, c'est bien une nullité par consensus qui frappe la décision en raison de la méconnaissance d'une condition qui préside à sa validité.

La nullité est une sanction naturelle de l'exercice irrégulier de la prérogative, caractérisé comme un acte unilatéral qui prend corps lors de l'exécution d'une situation contractuelle. Elle provoque un retour au *statu quo ante* dans l'exécution du contrat.

2) Exécution du contrat au statu quo ante

466. **Retour au *statu quo ante*.** Les effets classiques de la nullité d'un acte juridique se résument au brocard *Quod nullum est nullum producit effectum*. Ce qui est nul ne produit nul effet, donc. Le principe est en apparence simple : il suppose de mettre la situation contractuelle dans l'état ou elle aurait été si l'acte annulé n'était pas survenu. L'inefficacité de la prérogative se fait « en nature », ce qui confère à cette sanction un caractère satisfaisant. Souvent, la mesure suppose d'organiser un retour à la situation antérieure à l'acte annulé. Dans le cadre de la nullité de l'exercice de la prérogative, le retour au *statu quo ante* consiste à nier la modification désirée par le *potentior* en faisant comme si ce dernier n'avait pas manifesté de décision en ce sens. Il est contraint de poursuivre l'exécution de la situation contractuelle dans les termes convenus initialement par les parties. En effet, les autres stipulations du contrat ont conservé leur force obligatoire. L'analogie avec la mesure dont dispose l'article 1221 du Code civil est flagrante. Seulement, il ne s'agit pas de contraindre à l'exécution forcée en nature de l'obligation mais à celle de l'engagement contractuel tout entier.

La remise en état du contrat au *statu quo ante* est pratiquée en jurisprudence. Par exemple, la deuxième Chambre civile a imposé à l'assureur de rétablir la liste des supports financiers tels qu'ils figuraient dans la clause d'arbitrage avant la mise en œuvre de la prérogative

permettant de les modifier²²⁸³. De même, la neutralisation de la clause résolutoire renvoie au maintien du contrat à la vie juridique de sorte que le créancier se trouve forcé de l'exécuter²²⁸⁴. On peut encore citer la clause de dédit²²⁸⁵ et le droit de rétractation²²⁸⁶ pour corroborer l'existence en droit positif de l'exécution du contrat dans son état antérieur à l'exercice de la prérogative. De la même manière, c'est un retour au *statu quo ante* qui s'opère lorsque l'acheteur d'une vente à l'agréage et le vendeur d'une vente à réméré usent de leurs prérogatives de façon déloyale. En conséquence, le *potentior* est remis dans la situation contractuelle qui avait cours avant la mise en œuvre de son droit²²⁸⁷. Si le délai d'exercice court toujours, il est encore possible d'exercer la prérogative de façon régulière. Parfois, remettre le contrat dans son état originel est insuffisant à faire disparaître les effets de l'acte annulé. Il faut ajouter une mesure supplémentaire pour que le sujet passif soit mis dans la situation qui aurait été la sienne. C'est ce qui survient lorsque le *potentior* de mauvaise foi refuse au cédant l'agrément du cessionnaire. En principe, les parties sont mises dans la situation où la clause d'agrément n'a pas été exercée mais pourrait encore l'être. Lorsque l'agrément est pourvu d'un délai d'exercice, qui se trouve dépassé, il est considéré comme acquis. Cependant, en l'absence de délai d'exercice, les juges peuvent emprunter un raccourci. Il arrive que l'agrément soit considéré comme acquis, alors même qu'aucun délai n'était stipulé. Dans ce cas, on peut y voir un délai d'exercice raisonnable, de nature prétorienne, que le tribunal considère comme dépassé si bien que l'agrément est définitivement acquis²²⁸⁸. Le cessionnaire est considéré comme accepté par le cédé. De la sorte, le sujet passif, cédant, est rétabli dans une situation régulière. Le *potentior*, lui, est contraint d'exécuter la situation contractuelle dans l'état où elle se serait trouvée s'il n'avait pas usé de son droit avec mauvaise foi. À cet égard, l'exécution du contrat dans son état antérieur intègre, lorsque c'est nécessaire, ce qui aurait du advenir si l'exercice annulé n'avait pas existé.

Une hypothèse résiduelle doit encore être explorée. Dans la promesse unilatérale, le droit d'option constitue le cœur du contrat. La nullité de son exercice irrégulier peut permettre une nouvelle mise en œuvre si le délai d'exercice court toujours. Dans le cas inverse, en revanche, la remise en l'état de la situation contractuelle au *statu quo ante* ne fait pas sens. En principe, l'existence du contrat ne dépend pas de l'exercice de la prérogative, qui est un acte de second

²²⁸³ Cass. Civ. 2^e, 7 mai 2009, n° 08-16.500, n° 08-16.501, n° 08-17.325, *op. cit.*

²²⁸⁴ Cass. Req. 11 juin 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.477, *op. cit.* ; Cass. Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, *op. cit.* ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 févr. 1999, *op. cit.* ; Cass. Civ. 3^e, 25 nov. 2009, *op. cit.*

²²⁸⁵ Cass. Civ. 3^e, 11 mai 1976, *op. cit.*, et Cass. Civ. 3^e, 15 févr. 2000, *op. cit.*

²²⁸⁶ Cass. Civ. 2^e, 19 mai 2016, *op. cit.*

²²⁸⁷ Rapp. Trib. Paix Paris 19 juin 1936, *Gaz. trib.* 1936.II.289, *op. cit.*

²²⁸⁸ P. STOFFEL-MUNCK, « Entre la bonne foi et le respect des clauses, que choisir ? » (2^e partie), *op. cit.* et *loc. cit.*

rang. Si la prérogative est indissociable du contrat par le contexte de son exercice, la régularité de son exercice n'est pas une condition de validité du contrat. La seule exception connue est celle du droit d'option. Dans ce cas, la nullité de son exercice peut entraîner la destruction de la situation contractuelle qui l'abrite. L'analogie la plus pertinente renvoie aux ensembles contractuels, pour lesquels la disparition d'un contrat peut entraîner la caducité des autres contrats²²⁸⁹. Dans le même sens, la nullité de l'exercice du droit d'option implique la caducité du contrat de promesse.

Le maintien forcé du contrat par l'annulation de l'exercice d'une prérogative de rupture est concevable dans certains cas. D'ailleurs, la multiplication des prérogatives d'extinction du lien contractuel rend la possibilité d'une telle sanction nécessaire si « on ne veut pas que cette faculté soit la porte ouverte à trop d'évasions prématurées injustifiées »²²⁹⁰, à une « spéculation sur l'illicite »²²⁹¹. Sanction usuelle lorsque le juge statue en référé²²⁹², le maintien forcé du contrat est moins courant lorsqu'il statue au principal²²⁹³. Le contrat maintenu suite à la nullité de la prérogative est celui qui se maintiendra jusqu'à l'échéance initialement fixée par les parties ou, à défaut, qui perdurera en tant que contrat à durée indéterminée²²⁹⁴. Cette dernière hypothèse engendre une prérogative de résiliation en vertu de l'article 1211 du Code civil, qui peut être mise en œuvre par le *potentior* sous réserve que les conditions de son exercice soient respectées. La différence quantitative entre les décisions rendues en référé et celles qui sont rendues en principal s'explique. Souvent, « la décision du juge des référés épuise en elle-même le contentieux du maintien du contrat »²²⁹⁵, soit qu'il n'y ait plus lieu à la saisine du juge du principal après passage du « juge de l'évidence », soit que la prolongation temporaire soit suffisante du point de vue du demandeur²²⁹⁶. Les temps de réponse judiciaire au principal sont

²²⁸⁹ Art. 1186, al. 2 C. civ. ; Cass. Com. 5 juin 2007, *Bull. civ.* IV, n° 156 ; *D.* 2007. 1723, X. DELPECH ; *RTD civ.* 2007. 569, B. FAGES ; *RTD com.* 2008. 173, B. BOULOC ; *JCP G.* 2007.II.10184, Y.-M. SERINET ; *Dr. et patr.* sept. 2007. 89, P. STOFFEL-MUNCK ; *RLDC* 2008/45, n° 2802, N. MARTIAL-BRAZ. Cass. Civ. 1^{re}, 4 avr. 2006, *Bull. civ.* I, n° 190 ; *D.* 2006. 2656, R. BOFFA ; p. 2638, S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2007. 105, J. MESTRE et B. FAGES ; *Deffrénois* 2006. 1194, J.-L. AUBERT ; *RDC* 2006. 700, D. MAZEAUD. V. aussi Cass. Com. 12 juil. 2017, PB, n° 15-23.552 et n° 15-27.703.

²²⁹⁰ J. MESTRE, « Rupture abusive et maintien du contrat », *op. cit.* Comp. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 621, p. 444 : l'auteur estime la « politique impraticable » à grande échelle.

²²⁹¹ Y.-M. SERINET, « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), Économica, 2007, p. 85, spéc. n° 14, p. 94.

²²⁹² Cass. Com. 14 févr. 1989, n° 87-14.629, *op. cit.* Cass. Com. 21 mars 1984, *Bull. civ.* IV, n° 85, *op. cit.* Cass. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *op. cit.* Cass. Com. 29 mai 2001, *op. cit.*

²²⁹³ La jurisprudence s'illustre en particulier dans le domaine des clauses résolutoires, V. par ex. Cass. Civ. 3^e, 16 oct. 1973, *op. cit.*, et Cass. Civ. 3^e, 25 nov. 2009, *op. cit.* Pour un arrêt qui neutralise l'exercice de la prérogative résolution par notification, V. Cass. Com. 18 nov. 2008, n° 07-20.304 ; *RDC* 2009. 484, D. MAZEAUD.

²²⁹⁴ En ce sens, M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1996, n° 271, p. 228 et s.

²²⁹⁵ C. BOURGEON, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005. 109.

²²⁹⁶ Sur le recours au juge du référé, V. *infra*, n° 507 et s.

tels qu'il n'est parfois plus besoin de se rendre au tribunal des mois plus tard. Souvent, cependant, le maintien forcé du contrat révèle que les insuffisances et la sanction de nullité.

467. **Les cas de rejet de la nullité.** Lorsque la prérogative dont l'exercice est litigieux a vocation à mettre fin au contrat, sa neutralisation se traduit par le maintien forcé du contrat. Souhaitable dans de nombreux cas, cette issue cristallise les difficultés principales relatives à la nullité et ne fait pas l'unanimité dans la doctrine²²⁹⁷. D'abord, la pérennité du lien contractuel peut être bouleversée par le conflit né de l'exercice litigieux de la prérogative. À ce propos, « la rupture abusive du contrat porte automatiquement atteinte à la confiance nécessaire à la poursuite de toute relation commerciale. Or cette confiance est véritablement indispensable »²²⁹⁸. Par conséquent, « à tout prendre, le remède risque d'être pire que le mal : mieux vaut sans doute une rupture franche, permettant de nouer des liens nouveaux avec un tiers, qu'un contrat qui vivote sous perfusion »²²⁹⁹. Il faut arbitrer sur la pertinence du maintien du lien contractuel en pareil cas. L'impossibilité morale de la continuation du contrat qui fait suite à la rupture de confiance doit pouvoir être exprimée par le sujet passif victime de la rupture déloyale et être prise en compte par le juge. Cet aspect renforce l'opinion selon laquelle la neutralisation de l'exercice de la prérogative est une nullité facultative. Ensuite, le pouvoir d'appréciation du juge doit s'exprimer en cas d'impossibilité morale du *potentior* ainsi que pour l'impossibilité matérielle de la prolongation de la vie contractuelle par application de l'adage *Nemo cogi potest ad factum*²³⁰⁰. Par exemple, l'obligation caractéristique du contrat rompu de manière irrégulière peut être une obligation de faire susceptible d'être

²²⁹⁷ Pour un rejet de cette sanction V. V. LE BLAN-DELANNOY, « Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ? », *LPA* 2005, n° 16, p. 6. Pour une approbation de principe, V. not. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, *op. cit.*, n° 238 et s. p. 210 et s. J. MESTRE, « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC* 2005. 99. A. MARAIS, « Le maintien du contrat par le juge », *LPA*, 2002, n° 197, p. 7. P. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *Dr. et patr.*, mai 2004, p. 70, spéc. p. 75. M.-A. RAKOTOVAHINY, « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », *LPA* 2011, n° 153, p. 6, n° 21 et s. S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation des contrats à durée déterminée », *op. cit.*, spéc. n° 33 et s.

²²⁹⁸ C. BOURGEON, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *op. cit.*,

²²⁹⁹ L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « Abus du droit », *in Répert. dr. civ.*, *op. cit.*, n° 37.

²³⁰⁰ Comp. CA Colmar, 18 oct. 1972, *D.S.* 1973. 196 : les juges ont estimé que « la convention d'exclusivité par laquelle un fabricant s'engage à livrer sa production à un commerçant pendant un temps déterminé ne s'analyse pas simplement en une obligation de faire qui, en cas d'inexécution, ne pourrait se résoudre qu'en dommages et intérêts, conformément à l'article 1142 du Code civil ; il s'agit en effet d'une convention synallagmatique créant à la charge des parties des obligations réciproques [...] Il en résulte que les conséquences de l'inexécution d'un pareil engagement ne doivent pas être régies par l'article 1142 du Code civil, mais par l'article 1184 » (cité par C. BOURGEON, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *op. cit.*). Selon la cour d'appel, l'exécution forcée du contrat dans sa globalité ne se confond donc pas avec une obligation de faire pour laquelle une impossibilité pourrait faire obstacle à l'exécution forcée en nature. Les mécanismes en présence seraient distincts, et si l'arrêt opte pour une résolution, la prolongation contrainte du contrat devrait pouvoir être envisagée pour les mêmes raisons que les juges avancent.

frappée d'impossibilité²³⁰¹. Par ailleurs, la soumission matérielle du sujet passif à la modification engendrée de manière irrégulière peut conduire à des impossibilités compte tenu du changement de situation. En particulier, des tiers de bonne foi peuvent se trouver concernés. Il en irait ainsi du congé illicite délivré par le bailleur qui reloue le local par la suite à un nouveau locataire de bonne foi. L'impossibilité morale du *potentior* de se maintenir dans les liens contractuels peut également être envisagé. Le cas du mandant dans la révocation *ad nutuum* évoque cet obstacle à la nullité. La confiance que présuppose le contrat de mandat justifie que son maintien forcé soit inenvisageable quand bien même la prérogative du mandant aurait été mal exercée²³⁰². Enfin, le maintien forcé du contrat en tant que conséquence de la nullité de la prérogative de rupture se distingue du retardement de ses effets. Souvent, l'exécution forcée en nature du contrat semble disproportionnée. Tel est le cas lorsque le litige porte sur l'insuffisance du délai de préavis. Il suffit alors que le juge (des référés en général) déplace l'échéance de la rupture plutôt qu'il la prive de tout effet, ce pour quoi il peut opter²³⁰³. Ce report de l'effet de la prérogative ne peut pas s'analyser comme une nullité de son exercice. Ces cas illustrent l'inadéquation de la sanction de nullité dans certains cas.

Une autre série d'hypothèses met en lumière l'inaptitude de la nullité de l'exercice de la prérogative à titre de sanction unique. Parfois, la prérogative contractuelle doit nécessairement être exercée pour permettre à la situation contractuelle qui l'accueille de poursuivre sa vie juridique. Il en va ainsi, par exemple, de la prérogative de fixation du prix, de la prérogative contenue dans l'obligation alternative ou, parfois, de la prérogative d'agrément. Certes, priver d'efficacité l'exercice de ces prérogatives permet au *potentior* un nouvel exercice respectueux des conditions auquel il est soumis. En théorie, donc, rien n'empêche le retour au *statu quo ante*. Le contractant pourrait fixer un nouveau prix, opter

²³⁰¹ M. Mestre envisage le cas de l'arbitre ne voulant plus exécuter sa mission contractuelle qu'il avait acceptée. J. MESTRE, « Rupture abusive et maintien du contrat », *op. cit.* L'impossibilité est à l'origine liée à l'exécution en nature des obligations de *facere* ou non *facere* (V. Cass. Civ. 14 mars 1900, *Whistler*. Cass. Civ. 20 janv. 1953 ; *JCP G* 1953.II.7677, P. Esmein). V. aussi art. 9 : 102 PDEC pour les obligations autres que de somme d'argent qui l'exclut en cas de « caractère personnel ou qui dépend de relations personnelles ».

²³⁰² Seule une réparation par équivalent doit alors être envisagée. V. Cass. Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, *Bull. civ.* I, n° 27 ; *RTD com.* 2003. 561, B. BOULOC.

²³⁰³ Tel est le cas lorsque les juges d'appel ordonnent le maintien du contrat assorti d'un terme certain. Par ex. Cass. Com. 10 nov. 2009, n° 08-18.337 ; *LPA* 16 mars 2010, p. 13, M.-P. LEFRAND-DUMONT ; *Contrats Conc. consom.* 2010. comm. 93, N. MATHEY. Cass. Com. 3 mai 2012, *op. cit.* Cass. Com. 21 mars 1984, *op. cit.* Cass. Civ. 1^{re} 8 déc. 1987, *op. cit.* Cass. Com. 27 sept. 2017, *op. cit.* (fait rare : dans cette espèce, le maintien du contrat durant un délai de préavis de 6 mois a été ordonnée par le juge du principal). V. aussi J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *loc. cit.*, p. 526.

pour l'autre prestation prévue ou donner son agrément. Pourtant, on décèle les situations de blocage qui peuvent en découler. Là encore, des impossibilités peuvent survenir entre la mise en œuvre de la prérogative et le prononcé de la sanction : la prestation alternative ne peut plus être payée, le candidat à l'agrément ne souhaite plus être cessionnaire, le prix nouvellement fixé est une nouvelle fois litigieux. Que dire, par ailleurs, du cas du *potentior* qui se mure dans un mutisme obstiné postérieurement au litige ? On comprend alors que les articles 1164, 1165 et 1307-1 du Code civil envisagent d'autres remèdes. La nullité de l'exercice de la prérogative est également exclue lorsque la mauvaise foi se niche dans l'attentisme du *potentior*, préjudiciable au sujet passif en raison du blocage de la situation contractuelle créé²³⁰⁴. Le non-exercice déloyal ne peut pas être frappé de nullité : cette sanction n'est envisageable que lorsque l'acte a existé, or l'absence d'exercice de la prérogative renvoie à la circonstance inverse. D'autres sanctions doivent alors être mobilisées.

468. **Conclusion de la section.** La neutralisation de la prérogative contractuelle s'interprète comme la nullité de son exercice irrégulier. Parce qu'elle s'applique au sein d'un autre acte juridique en cours d'exécution, le contrat, elle a pour conséquence de remettre les parties au stade où elles étaient avant l'exercice annulé. Cependant, des impossibilités matérielles ou morales peuvent s'opposer aux effets de la nullité de l'acte unilatéral dans le contrat. C'est pourquoi cette nullité est relative et facultative. Seul le sujet passif peut la demander, et le juge est recevable à la refuser. Ce faisant, d'autres sanctions doivent être prévues.

Section 2. Les sanctions de l'inexécution du contrat

469. Depuis la thèse de Japiot, il est admis que la nullité n'est pas un état de l'acte²³⁰⁵. Puisque la nullité est facultative en matière de prérogatives contractuelles, c'est un droit de critique dont l'issue appartient au juge qui peut, le cas échéant, l'écarter²³⁰⁶. Lorsque l'acte irrégulier ne peut pas être annulé, il faut l'appréhender par un autre biais. Le Communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt *Les Maréchaux* indique qu'une sanction possible de

²³⁰⁴ V. *supra*, n° 377 ; par ex. Cass. Com., 6 fév. 2019, *op. cit.*

²³⁰⁵ R. JAPIOT, *Des nullités en matières d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, *op. cit.*

²³⁰⁶ En revanche, lorsque la nullité est de droit, le droit de critique n'est qu'un moyen de sa mise en œuvre mais la possibilité offerte au juge de la soulever d'office l'autonomie par rapport au droit de critique. V. C. THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, n° 360, p. 214.

l'usage déloyal des prérogatives repose sur la responsabilité civile du *potentior*²³⁰⁷. L'étude de la jurisprudence montre que d'autres issues sont envisageables, en particulier la résolution du contrat. Il s'agit d'expliquer le fondement de ces sanctions. L'exercice de la prérogative se réalise lors de l'exécution de la situation contractuelle. À cet égard, il n'est pas un acte unilatéral indépendant mais constitue un effet du contrat. La violation des conditions de sa mise en œuvre caractérise une faute commise à l'occasion de cette exécution. Ce faisant, l'exercice irrégulier de la prérogative peut être qualifié d'inexécution contractuelle (§1). L'éviction de la nullité de l'exercice se justifie lorsqu'elle n'est pas adaptée à la situation des parties. Elle se fait à la faveur des sanctions de l'inexécution. Toutes ne peuvent pas être mobilisées. La prérogative est constituée d'une décision. Par conséquent, les sanctions propres à l'obligation *stricto sensu* sont inapplicables. En revanche, les sanctions destinées à réguler l'exécution de l'engagement contractuel dans sa globalité sont appropriées. Au surplus, des sanctions spécifiques peuvent être envisagées dans des cas de figure particuliers. Elles permettent d'apporter une réponse adéquate à l'ensemble des conflits dont procède l'exercice illicite d'une prérogative (§2).

§1. L'assimilation de l'exercice irrégulier de la prérogative à l'inexécution du contrat

470. L'exercice de la prérogative contractuelle s'articule autour de l'exécution de la situation contractuelle. Le contrat habilite le *potentior* à mettre en œuvre la prérogative dans sa phase d'exécution. La prérogative se rapporte toujours au contrat ; sa mise en œuvre s'ancre dans la réalisation de ses effets. En ce sens, l'irrégularité de l'exercice est constitutive d'une faute commise à l'occasion de l'exécution du contrat. Cette affirmation suppose d'affiner les critères de la notion d'inexécution. Entendue strictement, elle se rapporte à la non-exécution d'une prestation attendue en vertu du contrat. Cependant, la confiance qui irrigue l'engagement contractuel empêche de se contenter de cette acception. Le rapport entre les parties peut être altéré par leurs agissements indépendamment des prestations qu'elles se sont promises, au point de compromettre la promesse qu'elles se sont faite. La violation des règles de droit contraignantes dans le contexte contractuel constitue un manquement qui a une incidence sur son exécution. De ce point de vue, l'exercice irrégulier de la prérogative peut être caractérisé comme une inexécution (A). Cette affirmation suppose de traiter la nature du devoir de bonne foi. L'exercice irrégulier de la prérogative s'apparente souvent à un usage

²³⁰⁷ Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007, *op. cit.*

déloyal, or qualifier la déloyauté de faute contractuelle ne relève pas de l'évidence. Pourtant, l'incidence de ces types de comportements sur le rapport contractuel implique de permettre aux contractants de mobiliser diverses sanctions de l'inexécution. Le sujet passif doit y être autorisé lui aussi. Les conséquences de la mauvaise foi sur le rapport contractuel justifient que l'exercice déloyal de la prérogative soit caractérisé comme une inexécution (B).

A. Le critère de l'inexécution contractuelle

471. L'exercice de la prérogative s'insère dans la phase d'exécution contractuelle au point qu'elle devient indissociable de ce contexte. Dès lors, la faute commise à l'occasion de cet exercice n'est pas vierge de conséquences sur l'exécution contractuelle. La relation des parties ne sort pas indemne de la mise en œuvre illicite de la prérogative. La notion d'inexécution peut exprimer ce constat à condition de l'entendre largement. Elle englobe alors le manquement à des exigences comportementales. Ni le caractère obligationnel de certaines stipulations, ni la source contractuelle de la règle violée ne s'imposent comme des critères suffisants pour qualifier l'inexécution (1). Celle-ci se caractérise quand une faute, commise à l'occasion de l'exécution du contrat, a des répercussions sur l'exécution du contrat. La particularité des préjudices qui en découlent procède des conséquences que cette faute a sur l'exécution du contrat (2).

1) Les critères rejetés

472. Habituellement traité au détour des sanctions dont le droit positif l'affuble, le concept d'inexécution « brille déjà par les incertitudes qui l'affectent lorsqu'il est pris isolément ! »²³⁰⁸. Le *Vocabulaire juridique* de Cornu en donne une définition simple : l'inexécution renvoie au « non-accomplissement d'une obligation », qui peut être « total ou partiel, résulter d'une omission ou d'une initiative, être dû à la faute de la part du débiteur (inexécution fautive) ou à une cause étrangère (inexécution fortuite) »²³⁰⁹. L'inexécution au sens strict résulte donc du non-respect de la prestation promise indépendamment de son étendue et de sa cause²³¹⁰. Limiter le concept d'inexécution aux seules obligations stipulées par les parties empêche d'y rattacher la faute commise à l'occasion de l'exercice de la prérogative. C'est nier que le contrat est

²³⁰⁸ D. MAZEAUD, avant-propos de la thèse de C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, op. cit.

²³⁰⁹ V. « Inexécution », in *Vocabulaire juridique*, op. cit.

²³¹⁰ Sur l'indifférence de la cause de l'inexécution, V. déjà *supra*, n° 192.

constitué par un ensemble hétérogène de règles qui participent toutes à sa réalisation. Corrélativement, leur irrespect a des implications sur l'exécution du contrat qui ne doivent pas être négligées (a). L'inexécution n'est pas non plus restreinte par la source de la règle violée. Il importe peu que celle-ci soit issue d'une disposition légale ou de la volonté des parties. L'insignifiance de la source a déjà pu être affirmée pour caractériser la prérogative contractuelle²³¹¹. Elle se poursuit au stade de ses conditions d'exercice : seul compte l'application de la règle sur le rapport contractuel (b).

a) Le critère propre au caractère obligationnel de la règle violée

473. Conception séculaire de l'inexécution contractuelle. À l'origine, le contrat se conçoit de façon restrictive, comme une somme d'obligations, contreparties l'une de l'autre, au travers de laquelle s'exprime l'opération projetée par les parties²³¹². Selon l'ancien article 1101 du Code civil, le contrat est la convention qui oblige à donner, faire ou ne pas faire ; ni plus ni moins. L'ambiguïté du verbe employé – « obliger » pouvait évoquer à la force obligatoire de l'ensemble du contenu contractuel – est éclipsée par la mention du triptyque obligationnel classique « faire, ne pas faire, donner », mis à mal par la réforme du 10 février 2016. Néanmoins, la notion d'inexécution est traditionnellement corrélée à la violation d'une obligation stricto sensu²³¹³. Les nouvelles dispositions relatives à l'inexécution sont, pour leur part, ambiguës. L'article 1217 du Code civil exploite la notion d'« engagement », laissant penser que le législateur n'a pas entendu restreindre l'inexécution à la violation d'une règle obligationnelle. Cependant, l'utilisation récurrente de la notion d'obligation, par exemple à l'article 1226, tempère cette vision. Ces différentes formulations paraissent davantage reposer sur un *habitus* inconscient, plutôt que sur un raisonnement soucieux de prendre en considération l'évolution de la terminologie juridique. Le *Rapport au Président de la République* relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 en témoigne, qui ne fait pas cas de la notion même d'inexécution²³¹⁴. C'est regrettable. L'émancipation de la notion

²³¹¹ V. *supra*, n° 44.

²³¹² En ce sens, C. ATIAS, « Qu'est ce qu'un contrat », *op. cit.*, n° 3, p. 5 : « L'article 1101 [ancien] introduit une conception très analytique du contrat ; il s'efface bien souvent derrière sa composition élémentaire, derrière l'obligation ».

²³¹³ En ce sens, par ex., V. P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », *op. cit.*, spéc. n° 5, p. 107 : « Pour moi, dès qu'on parle d'inexécution et de sanctions, on se situe nécessairement au plan des obligations nées du contrat : il n'y a pas d'inexécution lorsqu'un contractant méconnaît une stipulation contractuelle qui l'engage sans le rendre à proprement parler débiteur ».

²³¹⁴ V. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, chapitre IV, section 5.

d'inexécution s'est matérialisée sous la plume de différents auteurs et l'influence de la jurisprudence ; elle s'est enrichie à la faveur du développement de la notion de contrat.

474. **Évolution de la conception de l'inexécution.** La conception restrictive de l'inexécution, résumée au non-accomplissement d'une prestation, relève d'une vision révolue du contrat tendant à le réduire à ses seuls effets obligationnels²³¹⁵. Les prestations ne confèrent au contrat qu'une part de son identité. Elles constituent son essence mais l'opération ne prend toute sa consistance qu'au regard de l'ensemble des règles voulues par les parties. Le contrat est un ensemble d'éléments hétérogènes qui déterminent chacun une part de l'accord. Par conséquent, l'inexécution « peut toucher une obligation centrale » mais elle « peut aussi, de façon beaucoup plus diffuse, contrarier la logique du pacte sans consister pour autant en l'absence d'une prestation expressément décrite »²³¹⁶. Dans la continuité de l'analyse du contenu contractuel initiée par Monsieur Ancel²³¹⁷, l'inexécution contractuelle se rapporte à l'ensemble des stipulations obligatoires, indépendamment de leur nature. Chacune est irriguée d'une force contraignante d'égale importance, ce qui revient à admettre que le contrat est la chose des parties qui l'ont fait parvenir à la vie juridique : il s'agit de reconnaître leur empreinte. Les clauses du contrat qui promeuvent des règles non obligationnelles constituent les parures du contrat auquel elles confèrent une identité riche, reflet de la consistance de l'opération visée. Corrélativement, la prise en considération des attentes légitimes fondées sur la confiance que se sont accordés les contractants n'a de sens que si on individualise le contrat, autrement dit lorsqu'on le rattache à ce qui fait sa spécificité. À cet égard, il serait abscons de s'en tenir aux seules règles qui commandent aux prestations contractuelles. La dimension comportementale dans le contrat participe de la nature de l'opération juridique parce qu'elle est au service de sa dimension économique. L'opération ne se réduit pas aux prestations promises mais s'appréhende par l'adjonction de toutes les règles applicables qui, seule, permet de porter un regard cohérent sur ce qui peut être attendu des parties.

En outre, le respect d'une règle non obligationnelle est souvent indissociable de celui d'une règle obligationnelle. Sanctionner l'une, c'est sanctionner l'autre. Lorsque le sujet passif d'une prérogative de fixation du prix refuse sans raison légitime de s'acquitter du montant

²³¹⁵ Rapp. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., spéc. n° 302 et s., p. 222 et s. Égal. M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, op. cit., n° 100, p. 101.

²³¹⁶ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 280, p. 207.

²³¹⁷ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel », op. cit.

réclamé, il viole la force obligatoire de la modification imposée par le *potentior*²³¹⁸. C'est seulement par un jeu de domino qu'il manque ensuite à l'obligation de payer le prix qui s'impose. Il en va de même quand le promettant tente de se soustraire à l'option régulièrement levée par le bénéficiaire de la promesse unilatérale. La force obligatoire de la levée d'option est constatée en dépit de la résistance du sujet passif, de sorte que les obligations nées de la formation du contrat définitif sont nées. Sanctionner leur inexécution revient, en fait, à sanctionner les répercussions de l'inexécution originelle : l'irrespect de l'exercice régulier de l'option. Il est donc impossible, parfois, de distinguer ce qui relève du manquement à une règle obligationnelle et ce qui est propre à la violation d'une règle non obligationnelle car les deux s'entrelacent. À cet égard, la distinction entre règles obligationnelles et règles non obligationnelles ne doit pas être exagérée. Elle est pertinente pour caractériser la nature des droits des parties, mais devient artificielle lorsqu'on s'interroge sur les effets de leur réalisation dans le contrat.

b) Le critère relatif à la source de la règle violée

475. Indifférence de la source de la règle contractuelle violée. L'implication de la source de la règle pour caractériser sa nature et celle des sanctions de sa violation peut être débattue. La « loi contractuelle » ne désigne-t-elle pas communément le *negotium* ? La Cour de cassation a pu affirmer que « pour qu'une responsabilité contractuelle soit engagée, il ne suffit pas qu'un dommage ait été causé à l'occasion d'un contrat, [il] faut encore que le dommage résulte de l'inexécution d'une des obligations créées par ce contrat »²³¹⁹. Pourtant, il est permis de douter du bien-fondé du critère de la source du droit. La nature contractuelle d'une règle a déjà été explorée relativement à la notion de prérogative *contractuelle*²³²⁰. En ce domaine, c'est au contexte d'application de la règle que le qualificatif fait référence car la

²³¹⁸ Sur la force obligatoire de la modification, V. *supra*, n° 62 et s.

²³¹⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 7 nov. 1961, *Bull. civ.* I, n° 509 ; *D.* 1961. 146, P. ESMEIN. Cass. Civ. 2^e, 19 nov. 1964, *Bull. civ.* II, n° 370 ; *D.* 1964. 93, P. ESMEIN. Pour une illustration de la responsabilité délictuelle appliquée à des rapports entre cocontractants eu égard à la violation d'une obligation légale de police administrative, Cass. Civ. 3^e, 16 mars 2005, *Bull. civ.* III, n° 67 ; *RTD civ.* 2005. 784, P. JOURDAIN ; *JCP G.* 2005.II.10118, F.-G. TREBULLE. Comp. Cass. Civ. 2^e, 9 juin 1993, *Bull. civ.* II, n° 204 ; *RDI* 1994. 459, P. MALINVAUD et B. BOUBLI ; *JCP G.* 1994.II.22264, F. ROUSSEL ; *Defrénois* 1994. 798, P. DELEBECQUE : cassation de l'arrêt qui sanctionne sur le fondement de la responsabilité délictuelle de l'entrepreneur l'exécution des travaux non conforme à des prescriptions administratives dont dépendait l'allocation d'une subvention au motif que « ce texte [l'article 1382 anc. C. civ.] est inapplicable à la réparation d'un dommage se rattachant à l'exécution d'un engagement contractuel ».

²³²⁰ V. *supra*, n° 44.

dualité des sources n'implique pas la dualité de nature²³²¹. Son exercice est soumis à des conditions qui ont une origine légale. Par exemple, l'article 1226 impose au *potentior* de mettre en demeure le sujet passif de s'exécuter avant de résoudre le contrat. La source légale de cette règle ne la prive pas de son caractère contractuel²³²². Ces conditions sont au service des prérogatives auxquelles elles s'appliquent, ce qui leur confère une nature contractuelle. De façon générale, les normes édictées par le législateur afin qu'elles s'appliquent à l'exécution du contrat ont pour but de régir les rapports entre les parties, à titre impératif ou supplétif. L'opération n'est la chose des parties que par la prise en considération de la globalité des règles auxquelles elles sont soumises. Peu importe, alors, qu'elles aient entendu se soumettre à la législation en vigueur – c'est la justification communément admise pour le rejet de l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats – ou que ce soit là leur prêter une fiction de volonté²³²³. « Toutes les règles légales, jurisprudentielles ou purement volontaires qui posent des obligations contractuelles, ne sont déclenchées que par la survenance du contrat et n'ont de sens qu'à l'égard des seuls contractants. On corrige, on complète leur volonté mais il n'est question que d'eux dans cette démarche »²³²⁴. La raison d'être de ces normes est de servir le rapport contractuel dont elles constituent le support si bien que, par une forme d'application de la théorie de l'accessoire, elles prennent à leur tour une nature contractuelle. Les contractants sont soumis à ces normes et, par conséquent, font naître une somme de prévisions qui pèsent sur la conduite de leurs relations contractuelles. Leur violation mobilise la notion d'inexécution contractuelle parce qu'elle produit ses conséquences sur les effets du contrat en trahissant leurs prévisions. Ainsi, l'incidence de la source de la règle s'étiole à la faveur de son contexte d'application. La violation de la norme se perçoit comme une inexécution contractuelle dès lors qu'elle produit des conséquences sur l'exécution de la situation contractuelle.

²³²¹ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 151, p. 136.

²³²² Son exercice est soumis à des conditions qui ont une origine légale. Par exemple, l'article 1226 impose au *potentior* de mettre en demeure le sujet passif de s'exécuter avant de résoudre le contrat. La source légale de cette règle ne la prive pas de son caractère « contractuel ». D'une part, Il faut ajouter que les parties sont libres d'agréments les conditions d'exercice selon leur volonté commune. Elles peuvent préciser la forme qu'une la notification doit prendre ou le délai qu'il faut respecter ; elles peuvent supprimer certaines formalités ou en ajouter d'autres. Modifier la nature des conditions au rythme de ces variations ne fait pas sens. Le substrat de ces règles reste inchangé et les sanctions que le droit leur attache supposent d'être invariables, elles aussi.

²³²³ V. H. BATIFFOL, « La crise du contrat », *op. cit.*, p. 20 : « l'esprit de la législation contemporaine est d'une impérativité si marquée qu'on peut se demander si l'exception n'a pas aujourd'hui un champ d'application plus large que le principe encore affirmé comme tel. Ici se manifeste de manière frappante que le contrat n'est plus essentiellement, ou en tous cas exclusivement, ce que les parties ont voulu, mais que celles-ci ayant volontairement créé une certaine situation, l'autorité y ajoute les suites qu'elle estime justes ou utiles ».

²³²⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 152, p. 137.

2) Le critère retenu : le contexte de violation de la règle

476. **Le critère du contexte contractuel.** Les sanctions de l'inexécution doivent pouvoir être mobilisées dès que la faute est commise par l'un des contractants à l'égard de l'autre. Si la violation de la règle a une incidence sur l'exécution du contrat, les conséquences de cette faute doivent être réglées par les sanctions de l'inexécution contractuelle. L'article 1217 du Code civil propose un choix de sanctions. De la sorte, l'inexécution peut être traitée de différentes façons selon les besoins des parties et les spécificités de leur opération. En revanche, la sanction délictuelle est toujours la réparation, en général par dommages-intérêts hormis les mesures de cessation de l'illicite lorsque c'est possible. Pourtant, le contrat est une situation particulière qui établit un lien entre les parties, si bien qu'une faute commise en son sein nécessite un traitement ajusté. L'exécution forcée de la promesse peut être nécessaire aussi bien qu'elle peut s'avérer impossible ou indésirable. Sa vocation économique suppose parfois de maintenir, parfois de revenir rétroactivement sur les prestations échangées. En définitive, le conflit né de la violation de la règle a des implications sur le rapport contractuel. Nier ce contexte revient à nier l'imbrication des règles qui doivent être appréhendées les unes par rapport aux autres. De même que l'article 1189 du Code civil favorise une interprétation globale du contenu contractuel, on ne peut pas appréhender la règle violée comme un événement indépendant. Ce n'est pas la nature abstraite de la règle qu'il faut scruter mais les conséquences que sa méconnaissance emporte sur le lien entre la victime et le responsable.

L'incidence de la violation de la règle sur l'exécution contractuelle peut se matérialiser de deux manières. Lorsque la violation de la règle n'aurait pas pu avoir lieu *ex contractu*, il s'agit nécessairement d'une inexécution : si la règle ne s'applique que parce qu'il existe un contrat en cours d'exécution, sa violation est une inexécution. En d'autres termes, la faute est une inexécution parce que la norme violée qui en est à l'origine est au service exclusif de l'exécution du contrat. Il arrive aussi que la règle s'applique indépendamment d'un rapport contractuel. La faute qui résulte de sa méconnaissance est alors caractérisée *in* ou *ex contractu*. Elle est « neutre ». Pourtant, ses conséquences ne sont pas identiques *in* et *ex contractu*. En particulier, l'exécution du contrat peut s'en trouver altérer, la pérennité du rapport contractuel également. Cette opinion incite à tirer les conséquences qui s'imposent sur la nature de la faute de déloyauté. Caractériser la violation du devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat comme une inexécution permet de développer les sanctions dont le sujet passif peut bénéficier.

B. L'application du critère à l'usage déloyal de la prérogative contractuelle

477. L'exercice déloyal de la prérogative contractuelle suppose une faute de mauvaise foi. Au soutien de la tendance initiale de la Cour de cassation²³²⁵, Monsieur Stoffel-Munck a défendu la nature délictuelle de la déloyauté²³²⁶. La similitude des comportements prohibés *in* et *ex contractu* le conduit à réfuter une quelconque spécificité contractuelle²³²⁷. L'objection est sérieuse, la critique n'est pourtant pas déterminante. Dans la plupart des cas, la faute de mauvaise foi est indissociable de l'exercice d'un droit contractuel si bien qu'elle en devient l'accessoire. En outre, une même attitude ne connaît pas toujours la même qualification *in* et *ex contractu*. Il arrive que la faute de mauvaise foi ne puisse être caractérisée comme telle qu'en raison du contexte contractuel au sein de laquelle elle est commise. Le comportement est fautif parce qu'il survient dans le rapport entre les parties mais ne le serait pas dans une relation entre tiers. La mauvaise foi tire alors sa qualification du contexte contractuel dans lequel elle est commise (1). Il arrive, cependant, que la faute soit *a priori* « neutre » : elle est caractérisée de façon identique *in* et *ex contractu*. Dans ces hypothèses, le contexte n'est pas déterminant pour caractériser le comportement comme fautif. Pour autant, il est déterminant concernant ses implications. Ce serait faire fi de la particularité du lien qui unit les parties que de ne pas intégrer les conséquences de la violation de la norme sur le contrat. La faute de mauvaise foi se caractérise comme une inexécution en raison du contexte de sa survenance, parce que les préjudices produits se portent sur l'exécution du contrat (2).

1) *La bonne foi au service du contrat*

478. **La bonne foi, accessoire du contenu contractuel.** Caractériser la bonne foi comme principe directeur de l'exécution du contrat empêche de la dissocier des droits mis en œuvre par les contractants à cette occasion. Les prérogatives contractuelles constituent un

²³²⁵ Par ex. Cass. Soc. 11 juin 1953 ; *D.* 1953.I.661. Cass. Civ. 3^e, 22 mai 1968, *Bull. civ.* III, n° 232 ; *RTD civ.* 1969. 140, G. Cornu. Cass. Com. 10 déc. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 309. Plus récemment, V. Cass. Com. 6 févr. 2007, n° 04-13.178 ; *JCP G.* 2007.II.10108, MARMOZ (à propos de la rupture brutale des relations commerciales). V. aussi P. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2004. 637, note sous Cass. Civ. 3^e, 5 nov. 2003, *Bull. civ.* III, n° 189, *op. cit.*

²³²⁶ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 115 et s., p. 106 et s. et n° 272 et s., p. 236 et s. V. égal. *RDC* 2004. 637, *op. cit.*, spéc. n° 4 : « Par essence, [la mauvaise foi] appartient à la sphère des délits ».

²³²⁷ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, spéc. n° 126 et s., p. 116 et s.

exemple probant : distinguer l'exercice de ces droits, par essence contractuels, de la bonne foi supposée irriguer leur exercice est dénué de sens dans de nombreuses hypothèses. L'exigence de bonne foi n'est pas disjointe des effets du contrat ; c'est seulement par un schisme théorique que la représentation de la bonne foi comme une règle qui s'exécute indépendamment des autres est possible. En tant que norme comportementale générale, elle ne se conçoit pas comme une norme d'application autonome. Ainsi, « le comportement du débiteur participe de la définition de la prestation elle-même et la compose pour une part parfois considérable. Il n'y a rien d'étonnant à cela : dans la plupart des hypothèses, le créancier attend, pour être satisfait, que la prestation promise lui soit apportée d'une certaine manière et pas d'une autre »²³²⁸. Le contrat s'exécute *avec* bonne foi²³²⁹, c'est-à-dire que la loyauté s'entrelace avec les droits exercés par les parties et il n'est pas possible de les désagréger. Elle est un accessoire des droits qui se réalisent lors de l'exécution du contrat, en particulier des prérogatives contractuelles.

La bonne foi de type méthodologique exprime l'exigence du comportement à adopter lors de la mise en œuvre du droit contractuel. En cela, le devoir est subordonné au régime du droit. Dans le même sens, la « question de l'abus de prérogative se trouve au cœur même du phénomène contractuel » reconnaît Monsieur Stoffel-Munck, qui lui refuse cependant les sanctions de la responsabilité contractuelle qu'il estime « hors de propos »²³³⁰. Là encore pourtant, l'exercice d'une prérogative contractuelle dans un but prohibé caractérise une exécution déloyale du contrat quand bien même aucune prestation attendue ne viendrait à manquer. Nuire à son cocontractant, obtenir un profit que la prérogative n'avait pas vocation à accorder ou chercher à contourner l'application d'une règle obligatoire disloque les prévisions du sujet passif et détériore la réalisation de l'opération. L'assureur qui modifie la liste des supports financiers prive le souscripteur d'une grande partie de l'intérêt qu'il trouvait dans le contrat d'assurance sur la vie multisupports²³³¹. Le *potentior* qui exerce sa clause de dédit ou d'agrément dans le but vengeur de punir son cocontractant abolit la confiance accordée²³³². Le contrat ne sort jamais indemne de la déloyauté commise à l'occasion de son exécution. La prise en compte du contexte contractuel est donc inévitable. D'ailleurs, un même comportement n'est pas toujours qualifié pareillement selon qu'il ait lieu *in* ou *ex contractu*.

²³²⁸ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 284, p. 209.

²³²⁹ En ce sens, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *loc. cit.*, n° 156, p. 141.

²³³⁰ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 789, p. 577.

²³³¹ Par ex. Cass. Civ. 2^e, 12 janv. 2017, *op. cit.*

²³³² Cass. Civ. 3^e, 11 mai 1976, *op. cit.*

479. **La spécificité des fautes de déloyauté dans le contrat.** La bonne foi *in contractu* serait une simple manifestation de la norme sociale de comportement imposée par l'article 1240 du Code civil, un « délit pur et simple commis en marge de la convention » sauf à ce qu'il se double de l'inexécution d'une prestation²³³³. L'article 1104 ne serait alors qu'un rappel de bon sens, ce qui justifierait la brièveté de la formulation du troisième alinéa de l'ancien art. 1134 du Code civil. Dès son origine, ce « texte signifie seulement que pour être dans les liens d'une convention les contractants ne doivent pas oublier que s'impose d'abord à eux les normes générales de comportements qui régissent l'ordre social »²³³⁴. En d'autres termes, « l'exigence de loyauté ne naît pas du contrat mais continue seulement à peser sur le comportement des particuliers liés par un contrat parallèlement à l'exécution de leurs prestations »²³³⁵. Il est permis de douter d'une identité parfaite des comportements exigés des sujets de droit selon qu'ils sont liés ou non par un contrat. Que l'article 1240 exprime un axe fondamental du droit, réitéré en substance à l'article 1104 semble en effet indiscutable. D'ailleurs, de nombreuses règles de droit consistent à détailler l'injonction de ne pas causer de dommage à autrui de façon spécifique à un cas de figure envisagé. Cependant, les manifestations de fautes peuvent varier en fonction du contexte au sein duquel elles s'expriment : la loyauté ne recouvre pas la même définition selon le type de rapports en jeu et les attentes qui en découlent. Ce faisant, les attitudes à même de causer préjudice fluctuent au moins en partie au regard des liens mobilisées. Exiger des personnes une attitude strictement identique dans le domaine contractuel et dans la sphère extracontractuelle ne semble acceptable qu'à la condition de s'entendre sur un niveau faible de bonne foi. Ce serait exiger bien trop, sinon, des rapports entre tiers. En effet, de la loyauté contractuelle découle une foule de comportements légitimement attendus afin de ne pas contrarier le pacte que les parties ont fait mais qui – c'est heureux – ne peut être prescrit dans un contexte extracontractuel. L'honnêteté ou la franchise, par exemple, ne sont pas dues par principe, et le mensonge est juridiquement permis dans de nombreux liens interindividuels, peu importe qu'il soit moralement répréhensible au détour de la sensibilité de chacun. Choisir de ne pas exercer le droit subjectif dont on est titulaire n'est dommageable que lorsque le cocontractant s'en trouve tributaire. L'attentisme du *potentior* d'une clause d'agrément est une faute à l'égard du sujet passif parce que la situation contractuelle s'en trouve bloquée. La rupture fautive d'un rapport est également propre au pacte conclu²³³⁶. C'est l'engagement, la promesse,

²³³³ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 127, p. 118 et n° 288 et s. p. 247 et s.

²³³⁴ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 129 et s., p. 118 et s., spéc. n° 132, p. 120.

²³³⁵ P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, *op. cit.*, n° 126, p. 116.

qui rend le contractant redevable de la bonne foi issue de l'article 1104 du Code civil et qui confère, de ce fait, une spécificité à cette disposition.

Il faut cependant admettre que certaines fautes sont invariables, qu'elles soient commises lors de l'exercice d'un droit contractuel ou hors de toute convention. Un comportement pénalement répréhensible ne varie pas en raison du rapport contractuel qui unit l'auteur et la victime. C'est le cas, par exemple, d'un comportement injurieux ou menaçant. De même, la poursuite d'une finalité prohibée lors de la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle peut sanctionner la tentative de contournement d'une norme extracontractuelle qui s'applique à tout un chacun. L'exercice discriminatoire d'une clause d'agrément a été envisagé²³³⁷. Pourtant, si la faute est identique *in et ex contractu*, les préjudices qui en résultent se singularisent par le contexte dans lequel elle est perpétrée. Bien que la règle violée ne soit pas corrélée à l'existence d'un contrat, le cadre particulier dans lequel son auteur agit justifie que les sanctions de l'inexécution soient mobilisées.

2) Les conséquences de la faute de mauvaise foi sur l'exécution du contrat

480. **L'existence de préjudices contractuels.** Certaines fautes se caractérisent de la même façon peu importe le contexte de leur commission. Il n'en demeure pas moins que leurs conséquences sont fonctions de ce contexte. Consommées à l'occasion de la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle, ces fautes ne sont pas détachables de l'exécution du contrat²³³⁸. Il « apparaît clairement que le contrat ne fait pas seulement naître un droit au paiement au profit du créancier de la prestation promise : il crée une situation originale où les parties sont exposées et prédisposées à se causer mutuellement toutes sortes de préjudices, non pas

²³³⁶ On voit poindre l'objection propre aux fiançailles et plus généralement à la matérialisation juridique du couple. En principe, c'est la *promesse* non tenue qui constitue le socle nécessaire pour sanctionner le préjudice qui est la conséquence de la rupture, par exemple l'abandon de la vie professionnelle due à la nécessité d'un déménagement (CA Dijon, 27 mai 1993, *JCP* 1994.IV.111), ou encore l'absence de ressource après qu'une dépendance économique a été créée (Cass. Civ. 1^{re}, 18 juill. 1962, *Bull. civ.* I, n° 385). La jurisprudence relative au concubinage est douteuse, qui affirme que « la rupture du concubinage ne peut ouvrir droit à indemnité que si elle revêt un caractère fautif » (par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, *Bull. civ.* I, n° 204 ; *RTD civ.* 1992. 747, J. HAUSER). Il y a une certaine ironie à concéder la faute dans la rupture du concubinage et à la sanctionner par des dommages-intérêts à l'heure où le divorce pour faute aux torts exclusifs de l'un des époux n'entraîne plus de conséquences pécuniaires. Outre ce que nous envisageons comme une impossibilité d'apprécier la faute au sein des liens affectifs, la jurisprudence relative au concubinage pourrait être étendue à l'envi. Si tout attachement constitue une promesse, il devient envisageable qu'une rupture amicale considérée comme fautive donne lieu à réparation, ou qu'un préjudice moral soit réparé après le désagrègement d'une fratrie. Il est des questions trop intimes pour être saisies de la sorte.

²³³⁷ V. *supra*, n° 398.

²³³⁸ Dans le même sens, P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 5^e éd., 2018, n° 131.

seulement pécuniaires, mais aussi corporels, voire moraux. Et les relations qu'elles entretiennent ainsi doivent être soumises à un régime qui leur soit adapté, ce qu'on ne peut attendre de la responsabilité délictuelle qui est destinée à régir des rencontres de hasard entre de simples tiers »²³³⁹. Si les préjudices intrinsèques à la faute sont invariables, des préjudices extrinsèques propres au rapport contractuel apparaissent. L'existence de la situation contractuelle est à même d'engendrer des préjudices supplémentaires et distinctifs compte tenu du rapport contractuel. Ces préjudices sont extrinsèques, en ce sens qu'ils ne sont pas consubstantiels à la faute mais découlent du contexte dans lequel elle a été commise²³⁴⁰. La responsabilité délictuelle n'empêche pas leur prise en considération pour évaluer le montant des dommages-intérêts. Elle suppose, en revanche, un seul mode de réparation possible. À l'inverse, les qualifier comme une inexécution ouvre un choix de sanctions plus large, or il importe de laisser ce choix à la victime afin qu'elle accède au remède le plus avantageux pour elle. Par exemple, il n'est jamais permis d'adopter un comportement agressif à l'égard d'un passant croisé au hasard d'un chemin. Toutefois, les conséquences qu'un tel comportement suppose ne sont en rien comparables à celles qui découlent du même comportement adressé, cette fois, au cocontractant. L'incivilité érode la réalisation du but économique que les parties se sont fixées, si bien qu'il paraît artificiel de séparer l'une de l'autre. La Cour de cassation a pu l'admettre, en prononçant par exemple la résolution judiciaire d'un contrat en raison du comportement injurieux et menaçant d'une partie rendant « impossible la poursuite de relations contractuelles normales » avec l'autre partie²³⁴¹. De la même manière, le comportement injurieux d'un boulanger à l'égard de son client justifierait que ce dernier exige remboursement de son achat en abandonnant sa baguette de pain sur le comptoir : aucun témoin d'une telle scène ne s'en offusquerait. Le contrat, de la plus courte durée soit-il, est perméable à ces fautes : la confiance est rompue, le lien est dégradé, les prévisions sont troublées. C'est que le contrat ne constitue pas seulement une source créatrice de règles, il est aussi une relation. Parce que les parties ont fait acte d'alliance en contractant, le lien qui les unit a des conséquences qui empêche d'assimiler le rapport contractuel au rapport entre deux tiers, étrangers l'un pour l'autre. Ce constat peut être étendu.

²³³⁹ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, dir. J. FLOUR, th. dactyl., Paris II, 1978, n° 734, p. 699. Rapp. de la controverse sur la nature de l'obligation de sécurité, V. P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 123 et s.

²³⁴⁰ Pour des arrêts en ce sens, V. par ex. Cass. Com. 20 févr. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 60. Cass. Com. 24 sept. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 145 ; *RTD civ.* 2004. 94, P. JOURDAIN. V. égal. Cass. Civ. 2^e, 24 juin 1987, *Bull. civ. II*, n° 147 : en statuant sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, alors qu'elle retenait qu'il existait entre les parties un contrat *sui generis* caractéristique du commerce des véhicules automobiles, la cour d'appel a violé l'article 1134 et les articles 1382 et suivants du Code civil.

²³⁴¹ Cass. Civ. 3^e, 29 avril 1987, *op. cit.*

Monsieur Stoffel-Munck a rappelé les propos de Monsieur Jourdain aux termes desquels « nul ne songerait à se situer sur le terrain contractuel pour engager la responsabilité du bailleur qui viole sa locataire »²³⁴². C'est pourtant envisageable. Par-delà les préjudices consubstantiels à l'infraction et indépendants du contrat s'ajoutent d'autres préjudices propres au lien contractuel unissant la victime et l'auteur de l'infraction. La continuité du lien contractuel en pareil cas est difficilement soutenable. La victime ne devrait-elle pas être admise à résoudre le contrat, qui plus est en considération de la procédure d'urgence la dispensant de mise en demeure (article 1226 al. 1^{er} Code civil) ? Quant à imaginer que le viol soit commis dans le local loué, la garantie de jouissance paisible s'en trouverait sans doute altérée²³⁴³. La locataire devrait-elle continuer à payer loyer à son violeur²³⁴⁴ ? Devrait-elle même rester sur les lieux du viol pour respecter le préavis avant de pouvoir partir ? Ce serait ignorer la « circonstance *civile* aggravante » du rapport contractuel que de considérer le viol de façon indépendante, sans faire valoir que le crime est commis à la faveur de ce lien. Outre les dommages-intérêts qui seront dus à la victime en guise de réparation morale et patrimoniale liée à l'infraction proprement dite, il semble pertinent de lui conférer le large éventail des remèdes contractuels que propose l'article 1217, sous réserve de leur possibilité. « Les tragédies ne sont pas toutes de la compétence de l'article 1382 du Code civil (article 1240 nouveau) »²³⁴⁵.

Par ailleurs, la victime directe de la faute peut être dissociée du contractant, victime indirecte. Dans ce cas, ce dernier ne subit que les préjudices extrinsèques propres au lien contractuel. Par exemple, l'exercice discriminatoire d'une prérogative contractuelle peut causer dommage au tiers qui subit la discrimination mais aussi au sujet passif. Il en irait ainsi de l'exercice d'une clause d'agrément lors d'une cession de droits sociaux. Si le tiers candidat à la cession est la victime directe du refus discriminatoire, le cocontractant cédant en est la victime

²³⁴² P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat...*, op. cit., n° 136, p. 123, qui cite P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 1996, 3^e éd., p. 34. Sur la divergence entre la Chambre criminelle et les Chambres civiles de la Cour de cassation sur la nature de la responsabilité en cas d'infraction commise à l'occasion du contrat, V. H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », in *Répert. dr. civ., op. cit.*, n° 90 et s. La Chambre criminelle estime que l'inexécution est absorbée par l'infraction de sorte que la responsabilité délictuelle doit être mobilisée (par ex. Cass. Crim. 15 juin 1923, D. 1924.1.135). Les Chambres civiles maintiennent la responsabilité contractuelle. En l'état, le créancier dispose donc d'une option selon l'ordre qu'il entend fait appliquer.

²³⁴³ Rappr. Sur la responsabilité contractuelle du bailleur pour les dommages accidentels causés au locataire, Cass. Civ. 25 juill. 1922, D. 1922.1.154. Cass. Civ. 3^e, 14 mai 1997, *Bull. civ.* III, n° 105 ; *RTD civ.* 1998. 111, P. JOURDAIN.

²³⁴⁴ L'atteinte à l'obligation de jouissance paisible dont est débiteur le bailleur permet au locataire d'opposer l'exception d'inexécution, V. pour un exemple d'application du principe. Cass. Civ. 3^e, 21 déc. 1987, *Bull. civ.* III, n° 212.

²³⁴⁵ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 129, qui fait référence à la phrase du Doyen Carbonnier : « c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'homme : les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et suivants » (à propos de l'obligation de sécurité).

indirecte. Faudrait-il ignorer que les liens contractuels qui l'unissent au *potentior* s'en trouvent ébréchés ? Seuls les dommages-intérêts devraient-ils être envisagés ? De la même façon, un dédit peut être exercé de manière discriminatoire à l'encontre du cocontractant, personne morale, en raison de la personne physique qui la représente. Le dédoublement de victime doit s'accompagner d'un dédoublement de responsabilité : délictuelle à l'égard de la personne physique victime directe et contractuelle à l'égard du cocontractant victime indirecte²³⁴⁶.

Les fautes évoquées ont pour point commun leur caractère délibéré. Les cas d'espèce envisagés correspondent à des infractions pénales intentionnelles. C'est ce caractère délibéré qui est à l'origine des préjudices extrinsèques de nature contractuelle. À l'inverse, on peine à imaginer des préjudices de ce type consécutifs à une faute neutre involontaire. Malgré la réalisation du dommage, le cocontractant victime ne peut pas arguer d'une trahison en cas de faute non intentionnelle : il n'y a pas de rupture de confiance née de la contradiction avec les prévisions légitimes du contractant. Ces hypothèses devraient rester soumises à l'ordre délictuel²³⁴⁷. En revanche, la faute délibérée commise à l'occasion de l'exécution d'un contrat altère nécessairement le lien contractuel et les prévisions qui en découlent. Hors du contrat, les attentes sont tout autres. Face aux tiers, le sujet de droit *espère* l'absence de faute lui causant préjudice ; face au cocontractant, le sujet de droit le *prévoit légitimement*. Puisque le contrat est une « emprise sur l'avenir »²³⁴⁸, comment considérer que la faute commise par une partie à l'égard de l'autre est dénuée d'implications dans le rapport contractuel ? Par conséquent, il faut admettre une large acception de la notion d'inexécution pour ouvrir le champ des sanctions que la victime peut réclamer. L'intérêt repose ainsi sur la prise en compte des préjudices particuliers du fait du contrat, qui doivent permettre d'autres sanctions que le seul octroi de dommages-intérêts.

²³⁴⁶ Rappr. Cass. Civ. 1^{re} 26 avr. 2017, n° 16-10.482 ; *RDC* 217. 429, O. DESHAYES : un syndicat local des moniteurs de ski de l'ESF voit sa responsabilité contractuelle engagée à l'égard de deux de ses anciens membres pour avoir assuré l'application d'une clause discriminatoire issue de la convention nationale de l'ESF dans la mesure où le syndicat était gardien de son respect, et alors même qu'il n'était pas partie à ladite convention.

²³⁴⁷ En outre, maintenir la responsabilité délictuelle en pareil cas permet d'assurer à la victime l'action directe dont elle dispose contre l'assureur du responsable en vertu de l'article L. 124-3 du Code des assurances. En revanche, soumettre au régime contractuel la réparation de ces fautes pourraient poser une difficulté eu égard aux assurances souscrites par les contractants pour l'exécution de leur contrat. La créance indemnitaire de la victime pourrait ne pas être assurée, et celle-ci ne pas bénéficier d'une action directe en sa faveur.

²³⁴⁸ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, loc. cit., n° 84.

§2. L'identification des sanctions de l'inexécution appropriées à l'exercice irrégulier de la prérogative

481. L'article 1217 du Code civil dresse la liste des solutions proposées au contractant pour remédier à l'inexécution. Parmi elles, certaines sont susceptibles d'être utilisées pour sanctionner l'exercice irrégulier des prérogatives contractuelles. Il faut exclure les sanctions qui reposent sur le caractère obligationnel de la règle violée. En particulier, l'exécution forcée en nature de la décision ne fait pas sens. D'autres, en revanche sont adéquates. Elles sont utilisées par les juges saisis d'un conflit relatif à l'exercice irrégulier d'une prérogative contractuelle (A). D'autres techniques peuvent au surplus être envisagées, qui sont tirées de cas particuliers. Face à certains manquements, des sanctions utilisées ponctuellement méritent d'être développées (B).

A. Les sanctions classiques

482. Parmi les sanctions proposées à l'article 1217 du Code civil, deux se révèlent utiles au sujet passif. La résolution est l'une d'elles. Lorsqu'elle modifie une règle obligationnelle, la mise en œuvre irrégulière de la prérogative peut altérer l'opération économique voulue par les parties. Les effets rétroactifs de la résolution s'avèrent nécessaires. Même lorsqu'elle modifie une règle non obligationnelle, son usage déloyal peut constituer une trahison des attentes du sujet passif telle que la continuité des liens contractuels est impossible. La résolution ne joue alors que pour l'avenir (1). Le *potentior* peut également voir sa responsabilité contractuelle engagée. La réparation par équivalent peut sanctionner à titre principal l'exercice irrégulier de la prérogative ou constituer une sanction complémentaire pour réparer les préjudices engendrés (2).

1) La résolution du contrat

483. **La résolution du contrat consécutive à la nullité de l'exercice de la prérogative.** La résolution du contrat n'est pas subordonnée à la seule inexécution d'une

obligation mais, plus généralement, à tout « manquement contractuel »²³⁴⁹ : « chaque fois qu'un contractant, par son comportement, s'attaque délibérément au contrat, il est possible d'envisager la résolution »²³⁵⁰. La résolution n'implique pas la suppression des effets de la prérogative mais la suppression des effets du contrat. Le mécanisme est distinct de la nullité de l'exercice de la prérogative. Celle-ci implique la négation de son existence dans l'ordonnancement juridique, tandis que la résolution du contrat suppose la destruction des effets qu'il a produit ou va produire²³⁵¹. Le procédé ne correspond pas à la nullité de l'exercice de la prérogative qui engendrerait la nullité de l'acte dans sa totalité. Ces deux sanctions sont distinctes l'une de l'autre. En vertu des articles 1225, 1226 et 1227 du Code civil, il faut que le manquement soit mentionné dans la clause résolutoire, d'une gravité justifiant la résolution par notification, ou suffisant aux yeux du juge pour que celui-ci la prononce. À cet égard, la méconnaissance du devoir de bonne foi a pu entraîner la résolution du contrat²³⁵². L'exercice irrégulier de la prérogative peut justifier que le contrat soit résolu, en particulier lorsque il procède d'un comportement déloyal. Le législateur l'admet explicitement aux articles 1164, 1165 et 1307-1 du Code civil. Chacune de ces dispositions offre cette possibilité au sujet passif, soit que la fixation du prix se révèle abusive, soit que le choix de l'obligation alternative n'ait pas été exercé après mise en demeure. Si les irrégularités visées par ces dispositions sont spécifiques, toutes les formes d'exercice pathologique de ces prérogatives doivent pouvoir mener à la résolution du contrat lorsque les conditions prévues aux articles 1224 et suivants sont remplies. Plus généralement, toutes les prérogatives contractuelles sont concernées par cette sanction, à l'exception de celles qui ont pour effet de rompre le lien contractuel. Ces dernières sont nécessairement exclues²³⁵³.

²³⁴⁹ Cass. Com. 10 janv. 2018, *op. cit.* ; En ce sens égal., V. art. 25 de la Convention de Vienne (CNUCVM) qui exige une « contravention essentielle au contrat » laquelle est définie comme celle qui cause à l'autre partie un préjudice tel « qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat ».

²³⁵⁰ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 316, p. 229.

²³⁵¹ V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 33 et s., p. 23 et s.

²³⁵² V. M. PICARD et A. PRUDHOMME, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *loc. cit.*, spéc. p. 88 et s. ; Cass. Req. 18 juin 1902, *loc. cit.* ; Req. 18 avr. 1904, *loc. cit.*. En ce sens égal., T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *loc. cit.*, spéc. n° 283 et s., p. 208 et s. Cass. Com. 31 mars 2009, *op. cit.* ; *RTD civ.* 2009. 320, B. FAGES, *op. cit.* : l'arrêt est exemplaire « parce qu'il illustre le fait, déjà plusieurs fois observé en jurisprudence, que le critère de la résolution extrajudiciaire peut être recherché aussi bien dans un manquement aux obligations contractuelles que dans une attitude contraire à la bonne foi ».

²³⁵³ Pour une illustration, V. Cass. Civ. 3^e, 13 févr. 2008, n° 06-20.334 : L'exercice d'une faculté de rétractation exclut la résolution du contrat à titre de sanction. En l'espèce, la rétractation avait été correctement mise en œuvre avant que les *potentiores* tentent de revenir dessus pour finalement refuser de réitérer la vente immobilière par acte authentique.

La résolution du contrat se justifie quand le sujet passif démontre que la violation d'une condition d'exercice met à mal la poursuite de l'exécution contractuelle. L'article 1229 du Code civil expose les conséquences de la résolution sur les effets du contrat. La rétroactivité de la mesure engendre la destruction de ses effets passés. Elle survient lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution « complète » dit le texte – « parfaite » conviendrait mieux – du contrat résolu. À l'inverse, lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque, le contrat n'est résolu que pour l'avenir, ce que la disposition qualifie de « résiliation »²³⁵⁴. L'affaire est bien connue dans le domaine des contrats à exécutions successives. Ces deux cas de figure se retrouvent dans le domaine des prérogatives contractuelles. Si la décision du *potentior* porte sur un élément du contenu obligationnel, la résolution rétroactive du contrat est utile. Le non-exercice de la prérogative de choix de l'obligation alternative ou son exercice abusif permet de l'envisager. L'absence de choix de prestation dans l'obligation alternative fait perdre au contrat sa fonction économique, de sorte que son enveloppe juridique devient superflue. Le sujet passif doit pouvoir obtenir la restitution de la prestation réciproque qu'il a déjà payée. De la même façon, l'exercice irrégulier d'une prérogative de fixation du prix peut nécessiter des restitutions. À l'inverse, le manquement contractuel ne nécessite parfois qu'un anéantissement pour l'avenir. C'est particulièrement le cas pour les prérogatives qui opèrent modification d'un élément non obligationnel du contrat, dont la mise en œuvre n'a pas de conséquences sur l'exécution antérieure. À cet égard, toutes les prérogatives contractuelles doivent pouvoir être sanctionnées par une résiliation du contrat si l'irrégularité qui a entaché leur exercice est telle que la poursuite des relations contractuelles entre les parties est inenvisageable²³⁵⁵. Dans quantité de cas, le vice qui entache la décision met en péril la relation contractuelle, par exemple lorsque la prérogative est exercée dans un but ou d'une manière malveillante. Il en va ainsi pour la prérogative de modification du volume des commandes mise en œuvre afin de provoquer la faillite du cocontractant ou pour récupérer sa clientèle. De même, le souscripteur d'une assurance sur la vie victime d'un changement déloyal des supports éligibles à la clause d'arbitrage est recevable à invoquer la malhonnêteté de l'assureur pour mettre fin à leurs rapports contractuels. De façon générale, la trahison de la confiance accordée impose d'admettre que le contrat soit résolu *a minima* pour l'avenir

²³⁵⁴ Sur la rétroactivité comme outil technique de la résolution (et non comme essence de la résolution), V. déjà T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 710 et s., p. 510 et s.

²³⁵⁵ Rappr. Cass. Civ. 3^e, 29 avril 1987, *op. cit.*

lorsque la trahison présente une certaine gravité. Cette gravité est avérée dans les hypothèses de fautes de déloyauté délibérées.

Par-delà ces manquements, on peut s'interroger sur la problématique du conflit entre les contractants. La seule existence d'un litige entre les parties, née à l'occasion de l'exercice irrégulier de la prérogative, ne pourrait-il pas justifier que la continuité du lien contractuel soit devenue impossible ? Le juge peut prononcer la résiliation pour violation d'une condition formelle d'exercice s'il est flagrant que les parties ne peuvent plus être liées l'une à l'autre. Dans le même sens, la clause résolutoire peut valablement prévoir que la violation d'une condition d'exercice d'une prérogative désignée, de la plus faible gravité soit-elle, permette sa mise en œuvre. Seule la résolution par notification est exclue en pareil cas. En effet, « le contrat n'est pas seulement source de dettes et de créances. Il est promesse d'un comportement en lien avec la réalisation du projet constituant le "champ contractuel". La rupture implique que celle-ci soit radicalement compromise. C'est l'attente du contractant qui est ruinée »²³⁵⁶.

484. Les résolutions unilatérales : une superposition de prérogatives. Admettre la résolution comme sanction de l'exercice irrégulier des prérogatives suppose d'envisager la résolution unilatérale. Celle-ci est mise en œuvre par le sujet passif de la prérogative exercée de façon illicite. Il peut agir sur le fondement d'une clause résolutoire si les parties ont stipulé cette possibilité. La résolution par notification mérite d'être discutée. La lettre de l'article 1226 du Code civil vise la satisfaction de « l'engagement » du contractant mais aussi celle de « l'obligation ». Le législateur n'a pas envisagé cette hypothèse, donc, mais autoriser la résolution par notification en cas d'exercice irrégulier d'une autre prérogative semble bienvenue. Elle permet une répartition de la *potestas* entre toutes les parties au contrat. La superposition de prérogatives dilue la puissance : chaque contractant se trouve détenteur de la faculté de rompre le contrat si l'autre partie viole la loi contractuelle, y compris lorsque l'inexécution repose sur l'exercice d'une prérogative. Par exemple, la résolution unilatérale devrait être une voie ouverte au sujet passif de la prérogative de fixation du prix exercée de façon abusive. La puissance accordée au *potentior* serait ainsi contrebalancée par la menace de l'exercice de la prérogative de résolution par son cocontractant. Plus généralement, la violation de la condition de bonne foi doit permettre à la partie qui la subit d'exercer sa prérogative de résolution. Sa fonction comminatoire prend

²³⁵⁶ L. AYNES, « Rupture unilatérale du contrat », *RDC* 2004. 275, spéc. p. 275.

ainsi toute sa dimension. La condition de gravité de l'inexécution endigue, par ailleurs, le risque d'escalade dans l'exercice de la puissance unilatérale : le contrat ne peut être dissout pour des motifs insignifiants, bien que des interrogations subsistent quant à l'acception qu'il fait retenir de l'exigence de gravité de l'inexécution²³⁵⁷. Dans un sens proche, les Principes Unidroit évoquent comme cause possible de la résolution l'inexécution « intentionnelle ou téméraire »²³⁵⁸. L'inverse annihilerait en effet tout dessein d'adaptation efficace du contrat. En revanche, le manquement à une formalité procédurale ne dispose pas, *a priori*, d'une gravité suffisante pour justifier que la nullité de l'exercice de la prérogative engendre la résolution du contrat tout entier. On envisage mal, par exemple, que l'imperfection de la forme de la notification permette à elle seule la mise en œuvre de la prérogative de l'article 1226. À défaut de clause résolutoire, seule la résolution judiciaire est envisageable pour le sujet passif dans ce cas. La procédure imposée par l'article 1226 du Code civil présente, au surplus, de nombreux avantages. Le sujet passif aurait la charge de mettre en demeure le *potentior* de « satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable ». En d'autres termes, il pourrait lui intimer l'ordre d'opérer une prompte régularisation ou une réfection de l'exercice de la prérogative litigieuse²³⁵⁹. C'est une absurdité si le sujet passif n'a pas intérêt à voir la modification se produire. Pour autant, l'irrégularité susceptible d'entraîner une résolution par notification ne porte pas sur la violation d'une simple formalité qu'il serait aisé au *potentior* de réparer. C'est donc la déloyauté de la mise en œuvre qui est visée, obligeant ainsi le *potentior* à abandonner ses desseins néfastes ou à revenir sur la contradiction brutale de son comportement. Il en irait de même en cas de délai de préavis insuffisant. Le sujet passif pourra ainsi bénéficier d'un temps de prévenance supplémentaire, nécessaire pour qu'il puisse rebondir. La mise en demeure exigée par l'article 1226 peut alors permettre d'engager une discussion amiable aux termes de laquelle l'exercice de la prérogative sera *in fine* régulier ou ne sera pas. La superposition de prérogatives offre, à cet égard, l'avantage de la dissuasion.

²³⁵⁷ On peut plaider pour une inexécution « substantielle » afin d'apprécier la gravité du manquement : celle-ci ne repose pas sur l'objet de l'inexécution en lui-même mais sur l'importance des conséquences du manquement, V. G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », *op. cit.*, spéc. p. 16. V. toutefois T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, spéc. n° 394 et s., p. 283 et s. : l'auteur conclut qu'il « faut considérer qu'en France, le manquement qui justifie la résolution n'est rien d'autre que celui que le juge estime tel, souverainement ». La voie adéquate pour comprendre la gravité du manquement n'est pas dogmatique mais pragmatique, consistant « à rechercher concrètement, au travers des espèces, quelles sont les hypothèses dans lesquelles le manquement est jugé suffisant pour entraîner la résolution du contrat » (*Ibid.* n° 421 et 425, p. 305-307).

²³⁵⁸ Art. 7. 3. 1, c, Principes Unidroit.

²³⁵⁹ Sur la régularisation et la réfection de l'exercice de la prérogative, V. *infra*, n° 521 et s.

2) La réparation par équivalent

485. **Responsabilité contractuelle du *potentior*.** Le sujet passif peut demander réparation de l'exercice irrégulier de la prérogative. Là encore, les articles 1164 et 1165 du Code civil consacrent cette possibilité, ce que les solutions prétoriennes avaient, du reste, admis depuis longtemps. À cet égard, le Communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt *Les Maréchaux* rappellent que la responsabilité civile du contractant peut toujours être engagée²³⁶⁰. Cette solution est salubre, par exemple, lorsqu'une impossibilité matérielle ou morale empêche de remettre le contrat dans l'état antérieur à l'exercice de la prérogative annulé. Il en va ainsi lorsque le mandant est l'auteur d'une révocation abusive subie par le mandataire²³⁶¹. Surtout la réparation par équivalent est la solution principale quand la prérogative met fin aux liens contractuels. En effet, on a vu que ni la nullité de l'exercice ni la résolution du contrat n'était une issue pertinente. Seule la responsabilité du *potentior* est envisageable. Le juge doit se garder d'une évaluation trop radicale qui viserait à faire comme si la prérogative n'aurait jamais pu être exercée de nouveau, comme si le contrat serait nécessairement allé jusqu'à son terme. Comme pour la neutralisation, la sanction ne suppose pas l'inexistence du droit de rupture. Les dommages-intérêts doivent être calculés comme un équivalent de la nullité de l'exercice de la faculté de rupture à la place du maintien forcé du contrat. Par conséquent, ils doivent intégrer la possibilité d'une rupture ultérieure valable²³⁶². C'est un raisonnement analogue qui est à l'œuvre à l'article 1112 du Code civil, qui énonce que la rupture fautive des pourparlers ne permet pas d'obtenir réparation de la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni de la perte de chance d'obtenir ces avantages.

486. **Principe de répartition.** La responsabilité du *potentior* est celle des articles 1231 et suivants. Son essence contractuelle et le régime qui s'y attache méritent qu'on s'y attarde. Responsabilités contractuelle et délictuelle sont gouvernées par le principe de répartition²³⁶³. Au terme de ce principe, la règle de non-cumul, méconnue par de nombreux droits

²³⁶⁰ V. Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juil. 2007, *op. cit.*

²³⁶¹ Cass. Req., 10 juill. 1865, *D.* 1865.1.350. Cass. Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, *Bull. civ.* I, n° 92. Cass. Civ. 1^{re}, 2 mai 1984, *Bull. civ.* I, n° 143. Cass. Com. 11 mars 2014, n° 13-11.777.

²³⁶² En ce sens, O. DESHAYES, « Le préjudice réparable en cas de rupture fautive d'une relation commerciale établie », *RLDA* 2010/51, p. 98 ; « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 26, p. 737.

²³⁶³ V. H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle, in *Repert. dr. civ.*, *op. cit.*, n° 46 et s.

étrangers²³⁶⁴, est complétée par la règle de non-option. Il implique, d'une part, que la victime ne puisse pas être indemnisée deux fois pour un même dommage²³⁶⁵, et d'autre part qu'elle ne bénéficie pas d'un choix quant au régime de responsabilité applicable²³⁶⁶. La principale raison d'être de la règle réside dans l'empêchement adressé au débiteur d'« échapper à des contraintes qu'il avait acceptées et qui rentraient dans les prévisions de son cocontractant, en particulier une clause limitative de responsabilité »²³⁶⁷. Cette justification fait sens lorsque la faute ne peut pas exister *ex contractu*. Elle perd de sa vigueur lorsque la faute est neutre par nature et contractuelle par son contexte seulement. La victime peut trouver intérêt à réclamer ou mettre en œuvre d'autres sanctions de l'inexécution mais elle peut également opter pour une réparation par dommages-intérêts. Dans ce dernier cas, l'application des plafonds qui visent à limiter ou à exclure la réparation est douteuse. La réparation pleine et entière de tous les préjudices est requise. Cette affirmation revient à mettre en cause le principe de non-option en pareil cas²³⁶⁸. Encore faut-il s'accorder sur les fonctions de ces ordres de responsabilité.

487. Conception dualiste de la responsabilité contractuelle. L'acception de l'inexécution défendue dans les développements précédents impose d'admettre la fonction réparatrice de la responsabilité contractuelle, au surplus de sa fonction satisfactoire²³⁶⁹. La controverse sur cette question est trop riche pour qu'on l'aborde ici de façon exhaustive,

²³⁶⁴ V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, Thémis droit, PUF, 4^e éd., 2019, n° 18. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010. 1, spéc. n° 29, note 74.

²³⁶⁵ C'est seulement à titre principal et subsidiaire que la victime est fondée à s'appuyer sur les deux ordres de responsabilités dans ses demandes, V. par ex. Cass. Com. 13 juil. 2010, n° 09-14.985 ; *RDC* 2011. 51, Y.-M. LAITHIER. Sur les différents sens du cumul en droit de la responsabilité, V. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, n° 28.

²³⁶⁶ Cass. Civ., 21 nov. 1911, *Compagnie générale transatlantique* ; H. CAPITANT, F. TERRE Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 277.

²³⁶⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, n° 18.

²³⁶⁸ V. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, n° 30, qui estime que « les raisons habituellement données à l'existence de la règle du non cumul ne sont pas véritablement convaincantes ».

²³⁶⁹ En ce sens, J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.* ; « De la distinction selon la nature de la responsabilité à la distinction selon la nature des dommages », *RTD civ.* 1987. 322. *Contra*, sur le rejet de la fonction réparatrice : P. LE TOURNEAU, (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 2017, n° 3213.11 et s. ; « Brefs propos critiques sur la "responsabilité contractuelle" dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.* 2007. 2180 ; P. LE TOURNEAU et M. POULMAREDE, « Pour en finir avec la responsabilité contractuelle », in *Études en l'honneur du professeur J. Huet*, LGDJ-Lextenso, 2017, p. 269 ; D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Droit civil, procédures, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard Cornu*, 1994, PUF, p. 429 ; « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op. cit.* ; P. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997. 323 ; « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, 2001, PUF, p. 121.

d'autant qu'elle « se nourrit des incertitudes de la Cour de cassation [...] peu lisible voire invisible »²³⁷⁰. C'est donc sur le terrain doctrinal que la querelle a lieu. Pour autant, le rôle réparateur des dommages-intérêts contractuels s'impose si on admet une acception large de l'inexécution. Lorsqu'elle s'applique à la violation d'une règle non obligationnelle, les dommages-intérêts sont nécessairement compensatoires. En effet, l'exécution forcée en nature n'a pas lieu d'être. L'admission de la fonction réparatrice de la responsabilité contractuelle va de soi dans cette étude. Elle n'évince pas la fonction satisfactoire de la réparation de l'inexécution d'une obligation²³⁷¹. De surcroît, l'octroi de dommages-intérêts au contractant peut mêler ces deux aspects, en assurant d'une part la satisfaction forcée du créancier et en réparant d'autre part les préjudices causés par l'inexécution. C'est donc la dualité des rôles de la responsabilité contractuelle qui s'impose. Ce faisant, la question d'une dualité de régime se pose. La reconnaissance d'une double fonction de la responsabilité contractuelle pousse à s'interroger sur la nécessité d'un préjudice²³⁷². Sur ce point également, la position de la Cour de cassation est fluctuante²³⁷³ et la controverse doctrinale bat son plein²³⁷⁴. Dans sa fonction réparatrice, la responsabilité contractuelle exige un préjudice : on ne répare pas ce qui n'a pas été lésé²³⁷⁵. Par conséquent, en matière de prérogatives contractuelles, le préjudice est requis²³⁷⁶.

²³⁷⁰ H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », in *Répert. dr. civ., op. cit.*, n° 8 et s.

²³⁷¹ Il arrive que les dommages-intérêts soient alloués au créancier dans le but de lui conférer la prestation promise. Il s'agit, alors, d'une exécution en nature tendant à attribuer son dû au créancier. La dimension satisfactoire des dommages-intérêts est indéniable en cas d'inexécution d'une prestation monétaire.

²³⁷² Le préjudice est entendu comme l'effet ou la conséquence du dommage, lequel est caractérisé en cas d'atteinte à un intérêt protégé. V. H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », in *Répert. dr. civ., op. cit.*, n° 433 ; Adde J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, 2008, LGDJ, p. 145. F. LEDUC, « Faut-il distinguer entre le dommage et le préjudice ? Point de vue privatiste », *RCA* mars 2010, p. 10.

²³⁷³ V. N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op. cit.*, n° 14 et s. Comp. P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005. 13. V. aussi H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », in *Répert. dr. civ., op. cit.*, n° 442 et s. La tendance dominante de la jurisprudence est à l'exigence d'un préjudice (par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 26 févr. 2002, *Bull. civ. I*, n° 68 ; *RTD civ.* 2002. 809, J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2002. 759, E. SAVAUX ; *LPA* 2002, n° 230, p. 7, P. STOFFEL-MUNCK. Cass. Civ. 3^e, 3 déc. 2003, *Precom*, *Bull. civ. III*, n° 221 ; *RTD civ.* 2004. 295, P. JOURDAIN ; *RDC* 2004. 280, P. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2005. 185, P. DELEBECQUE). Il est arrivé que la Cour de cassation affirme l'indifférence d'un préjudice, le débiteur étant condamné au paiement de dommages-intérêts à raison de la seule inexécution (Cass. Civ. 3^e, 30 janv. 2002, *Bolmont*, *Bull. civ. I*, n° 17 ; *JCP G.* 2002.I.186, n° 3, G. VINEY ; *Dr. et patr.* 2003. 110, F. CHABAS ; *LPA* 2002, n° 230, p. 7, P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2002. 321, P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2002. 816, P. JOURDAIN ; *D.* 2003. 458, D. MAZEAUD. Par ailleurs, la Chambre sociale semble avoir adopté une position médiane, en admettant que l'inexécution portait nécessairement préjudice au créancier de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'en rapporter la preuve (par ex. Cass. Soc. 29 juin 2011, *Bull. civ. V*, n° 170 ; *Dr. Soc.* 2012. 197, C. ROY-LOUSTAUNAU).

²³⁷⁴ En principe, le préjudice est intrinsèque à la violation de l'obligation. Il est donc inhérent à l'inexécution : la prestation promise et non fournie prive son créancier de l'avantage attendu (H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », in *Répert. dr. civ., op. cit.*, n° 491), si bien que la question n'a que peu d'intérêt pratique. Cependant, il pourrait arriver à titre exceptionnel que le préjudice ne se réalise jamais en dépit d'un dommage avéré.

²³⁷⁵ Rappr. Art. 1250 du *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, Ministère de la Justice.

En l'absence de dommage, la responsabilité du *potentior* ne devrait pas pouvoir être mobilisée. Le sujet passif doit se tourner vers les autres sanctions possibles.

488. Limites de la réparation. La responsabilité contractuelle comprend une limite que la responsabilité délictuelle ne connaît pas : la réparation intégrale n'est pas de principe en droit des contrats²³⁷⁷. L'article 1231-3 du Code civil dispose que « le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat »²³⁷⁸. La prévisibilité s'apprécie par rapport à l'importance ou l'étendue du dommage, c'est-à-dire aux conséquences de l'inexécution²³⁷⁹. Elle est évaluée par le juge au jour où il statue²³⁸⁰. Les hypothèses de faute lourde ou dolosive sont exemptées par la disposition de sorte que la prévisibilité du dommage n'est plus exigée. L'article 1231-4 exclut la réparation des dommages qui ne constituent pas une suite immédiate et directe de l'inexécution, simple rappel de l'exigence de causalité. Le régime de la responsabilité contractuelle doit, en outre, intégrer les stipulations destinées à régir l'allocation des dommages-intérêts, auxquelles les prérogatives contractuelles sont soumises. Les clauses limitatives ou élusives de responsabilité, ainsi que la clause pénale font obstacle à l'allocation libre de dommages-intérêts par le juge. Ces stipulations ont vocation à s'appliquer dans le cadre de la réparation par équivalent de l'exercice irrégulier de la prérogative. Elles demeurent applicables lorsque la modification se résume à l'extinction du contrat ; la solution inverse reviendrait à « signer leur arrêt de mort »²³⁸¹. La clause pénale pose néanmoins une difficulté propre à son aspect comminatoire. Dans beaucoup de contrats, les parties décident d'un seul montant fixé par rapport à leurs obligations essentielles. Appliqué à la réparation de l'exercice irrégulier de la prérogative, il pourrait être manifestement excessif. Pour éviter de saisir le juge sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil, il peut être conseillé aux

²³⁷⁶ En ce sens par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 22 nov. 2017, n° 16-27.551 : sur la résiliation abusive d'un contrat de location de matériel de radio-télécommunication, la Cour de cassation censure les juges d'appel d'avoir alloué des dommages-intérêts en l'absence de preuve du préjudice moral et financier allégué au motif que « une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute, et que ne peuvent être alloués des dommages-intérêts que si le juge constate, lorsqu'il statue, qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle ». V. aussi *infra*, n° 525 et s. sur l'application de la règle « pas de nullité sans grief ».

²³⁷⁷ En revanche, la force majeure est une cause exonératoire dans les deux régimes de droit commun de la responsabilité (en matière contractuelle, V. art. 1231-2 C. civ.).

²³⁷⁸ V. pour un rappel récent Cass. Com. 11 mars 2020 n° 18-22.472, PB.

²³⁷⁹ V. P. CASSON, « Dommages et intérêts », in *Répert. dr. civ.*, févr. 2017 (actu. : déc. 2019), n° 165-166.

²³⁸⁰ Par ex. Cass. Com. 8 nov. 2017, n° 16-13.307.

²³⁸¹ En ce sens, V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 788 et s., p. 564 et s. Rapp. Cass. com., 7 févr. 2018, *Bull. civ.* IV, n° 19, D. 2018. 537, D. MAZEAUD, *JCP G* 2018, n° 15, p. 415 et 416, avis L. LE MESLE et note M. LEVENEUR-AZEMAR ; *RLDC* 2018/160, n° 6448, A. TADROS.

parties de prévoir des montants distincts selon les différents manquements envisageables. L'application des clauses limitatives ou élusives de responsabilité se fait, elle aussi, sous réserve de leur validité²³⁸² ou de leur inefficacité face à la faute lourde ou dolosive en vertu de l'article 1231-3 précité²³⁸³.

À l'origine, le régime de la responsabilité contractuelle a été conçu pour répondre au non-accomplissement d'une prestation. Désormais, il repose davantage sur l'idée de prévisibilité, appréciée par rapport à l'engagement contractuel dans son ensemble. La limitation instituée par l'article 1231-3 ne perd pas sa raison d'être. Il faut pouvoir apprécier le degré de gravité de la faute commise à l'occasion de la violation d'une condition d'exercice²³⁸⁴. La trahison des attentes du sujet passif permet d'évaluer le comportement du *potentior* afin de savoir s'il dénote son inaptitude à l'accomplissement de sa mission contractuelle. Cette appréciation peut reposer sur la gravité de son attitude²³⁸⁵ ou sur le caractère délibéré de la violation de ses engagements²³⁸⁶. La spécificité du régime de responsabilité contractuelle est plus discutable dans le cas d'une faute neutre par sa nature que seul le contexte de réalisation du dommage permettra de caractériser comme une inexécution. Il est difficile de justifier la limite relative à la prévisibilité du dommage concernant les préjudices intrinsèques à la faute. Pour autant, la difficulté se dépasse. Les fautes neutres qui engendrent des dommages extrinsèques propres au contrat sont délibérées ; or la faute dolosive est celle qui résulte d'un comportement délibéré même sans intention de nuire tandis que la faute lourde se déduit de la gravité du comportement du contractant. Quand il est question de faire échec aux limitations de responsabilité contractuelle, la jurisprudence admet une large définition de ces fautes²³⁸⁷. De la sorte, le principe de réparation intégrale trouve à s'appliquer. En réalité, c'est par une torsion intellectuelle que la responsabilité contractuelle est mobilisée de manière exclusive. La suppression des plafonds limitatifs permet la réparation intégrale des préjudices intrinsèques à la faute : elle renvoie, dans les faits, à un *concours* des responsabilités contractuelle et délictuelle²³⁸⁸. Sous cet angle, la règle du non-cumul des responsabilités est implicitement

²³⁸² En particulier, la validité de ces clauses est restreinte par les articles 1170 et 1171 du Code civil, l'article R. 212-1, 6° du Code de la consommation.

²³⁸³ La règle est réitérée à l'article 1282 du *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, Ministère de la Justice.

²³⁸⁴ V. *supra* n° 370.

²³⁸⁵ Sur la faute lourde, V. Cass. Ch. mixte, 22 avr. 2005, *op. cit.*

²³⁸⁶ Sur la faute dolosive, V. Cass. Civ. 1^{re}, 4 févr. 1969, *op. cit.*

²³⁸⁷ En ce sens, P. JOURDAIN, *RTD civ.* 2018. 129, note sous Cass. Com. 13 sept. 2017, n° 16-10.587.

²³⁸⁸ Sur le *concours* des responsabilités comme forme spécifique de leur *cumul*, V. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*, n° 28.

écartée²³⁸⁹. En mobilisant l'ordre contractuel, la victime peut exiger d'autres sanctions que le seul octroi de dommages-intérêts ou obtenir la réparation intégrale de ses préjudices. À cet égard, engager la responsabilité contractuelle même en cas de crime commis dans le cadre de l'exécution d'un contrat paraît pertinente. Elle vise à étendre les remèdes dont dispose la victime sans restreindre la réparation des préjudices qui sont détachables du contrat. Plus qu'un débat sur le choix entre les ordres de responsabilité, c'est un débat sur les différents aspects de la règle du non-cumul et leur pertinence qui mériterait d'être engagé.

489. **Dommages-intérêts additionnels.** Le sujet passif peut obtenir des dommages-intérêts au surplus d'une autre sanction. L'exercice irrégulier de la prérogative peut, par exemple, être sanctionné par la nullité. Le retour du contrat au *statu quo ante* n'empêche pas la réparation de préjudices complémentaires. C'est le cas du souscripteur d'une assurance sur la vie qui a obtenu des dommages-intérêts pour compenser la perte de chance de réaliser des plus values supérieures à celles effectivement obtenues en plus de la restitution des supports financiers spéculatifs tels qu'ils figuraient à l'origine dans la clause²³⁹⁰. Les dommages-intérêts peuvent donc constituer la sanction principale de l'exercice illicite de la prérogative ou une sanction additionnelle. Le juge doit être vigilant aux cas d'incompatibilités. Les dommages-intérêts accordés en plus de la neutralisation ne doivent pas faire doublon avec elle²³⁹¹. Ce risque est particulièrement prégnant si une clause pénale a été stipulée.

B. Les sanctions supplémentaires

490. Des irrégularités spécifiques nécessitent des réponses ajustées. À cet égard, des sanctions peu communes, remarquées à l'occasion de cas particuliers, peuvent être développées. La violation du délai de préavis donne parfois lieu à une réparation en nature de l'irrégularité commise. Le juge organise la refaction de la mise en œuvre de la prérogative. Cette issue peut être étendue à quelques situations qu'il convient de saisir (1). En outre, le non-exercice de la prérogative a été identifié comme une faute de mauvaise foi commise par le *potentior*. L'article 1307-1 du Code civil envisage cette éventualité dans le domaine de

²³⁸⁹ Dans la continuité de la suppression des plafonds limitatifs de dommages-intérêts, le projet de réforme de la responsabilité civile prévoit, en son article 1281 al. 2, que « la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel ». V. *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, Ministère de la Justice, *op. cit.*

²³⁹⁰ Cass. Civ. 2^e, 25 juin 2009, n° 08-14.254, *op. cit.*

²³⁹¹ Dans le même sens, O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 25, p. 736.

l'obligation alternative. L'une des issues proposées est celle du transfert de titularité de la prérogative non exercée au sujet passif. L'issue est ingénieuse et peut, elle aussi, être appliquée à quelques autres cas de figure (2).

1) La réparation en nature

491. Réfaction judiciaire de l'exercice illicite de la prérogative. L'étude du maintien forcé du contrat à la suite de la nullité de l'exercice de la prérogative a montré que cette sanction pouvait se révéler disproportionnée. C'est en particulier le cas quand l'extinction du lien contractuel procède d'un préavis insuffisant. À ce propos, la réparation en nature de l'exercice illicite de la prérogative semble appropriée. Bien qu'aucun texte ne la consacre, cette sanction est pratiquée en jurisprudence²³⁹². Cette sanction s'apparente à la réparation non pécuniaire de la violation du préavis lorsque ni la nullité, ni la résolution, ne constituent des mesures adéquates²³⁹³. Qu'il soit déterminé ou raisonnable, le *potentior* est soumis à ce délai. S'il y manque, le juge dispose d'un instrument pour le contraindre au respect du temps de prévenance exigé. En pratique, la réparation en nature peut être décrite comme le fait de retarder la modification produite sur la situation contractuelle. C'est une neutralisation temporaire qui peut s'analyser de plusieurs façons. On peut y voir un procédé par lequel le juge substitue à l'exercice nul de la prérogative un exercice régulier en fixant une échéance au terme de laquelle la prérogative pourra finalement produire un effet valable. C'est une forme de réfaction judiciaire de l'exercice de la prérogative qui est ainsi à l'œuvre. La réfaction ne concerne pas le contrat en lui-même : la modification censée avoir été opérée par l'exercice illicite de la prérogative n'a pas acquis force obligatoire. La réparation en nature est une réfaction de l'acte unilatéral décisionnel. Ce procédé est, cependant, restreint à des cas spécifiques d'exercices fautifs. Elle n'est pas toujours adaptée. Par exemple, la substitution du juge au *potentior* qui manque à l'exigence de notification ou de mise en demeure produirait un résultat peu satisfaisant, dans la mesure où la dimension réparatrice pour le sujet passif serait bien faible. Outre la violation du préavis, la réparation en nature

²³⁹² V. pour des applications prétoriennes d'une telle mesure, Cass. Com., 9 févr. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 44. Cass. Com. 10 nov. 2009, *op. cit.* Cass. Com. 3 mai 2012, *op. cit.* ; Cass. Com. 21 mars 1984, *op. cit.* ; Cass. Civ. 1^{re} 8 déc. 1987, *op. cit.* Cass. Com. 27 sept. 2017, *op. cit.* V. aussi J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *loc. cit.*, p. 526.

²³⁹³ Comp. P. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 144.

peut être étendue au cas d'attentisme du *potentior*. Le non-exercice de la prérogative crée alors un blocage de la situation contractuelle²³⁹⁴.

Lorsque la mise en œuvre de la prérogative est nécessaire à la poursuite de l'exécution contractuelle, la réfaction judiciaire est utile. C'est notamment le cas pour la prérogative de fixation unilatérale du prix, la prérogative de choix dans l'obligation alternative et la prérogative d'agrément. En matière de fixation du prix, les articles 1164 et 1165 n'envisagent pas cette solution, tandis qu'une partie de la doctrine se prononce en faveur de la mesure²³⁹⁵. Il n'y a guère de raison de s'opposer à cette intervention judiciaire. L'unilatéralisme est autorisé parce que l'échange organisé par le contrat ne réalise pas une substitution patrimoniale²³⁹⁶. Corrélativement, le juge acquiert le pouvoir d'évaluer le juste prix de la prestation dont il est la contrepartie²³⁹⁷. À première vue, il n'y a aucun contraste entre l'allocation de dommages-intérêts par le juge et la substitution judiciaire d'une nouvelle mise en œuvre du droit, la responsabilité civile se présentant comme un « alibi » destiné à masquer la pratique judiciaire réelle²³⁹⁸. Quelques différences demeurent, toutefois. D'abord, les dommages-intérêts peuvent être payés par l'assureur du *potentior* si le contrat d'assurance le prévoit, tandis que la réfaction du prix devrait peser sur le *potentior*. Ensuite, l'imposition sur le prix substitué devrait varier par rapport à l'imposition sur la somme allouée à titre de dommages-intérêts. Le régime fiscal est un élément à prendre en compte. Ces dissemblances ne justifient peut-être pas, à elles seules, d'engager une réforme pour consacrer la réfaction dans le Code civil. En revanche, la prérogative de choix dans l'obligation alternative et les clauses d'agrément sont davantage sensibles à l'utilité de la réfaction. Elle présente des différences plus importantes avec la réparation par équivalent dans ces cas. Le juge pourrait se substituer au *potentior* pour décider quelle prestation doit être payée ou pour déclarer l'agrément acquis, sous réserve que ces options soient encore possibles. De la même façon que le juge peut ordonner le remplacement du bien dans la vente à titre de sanction de la garantie légale de conformité²³⁹⁹, il pourrait ordonner le remplacement de la prestation lorsque celle qu'a choisie le *potentior*

²³⁹⁴ V. *supra* n° 377.

²³⁹⁵ O. DESHAYES, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 27, p. 737 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*, n° 25 et s., et spéc. n° 29 qui montre que la réfaction du prix est pratiquée dans plusieurs systèmes juridiques européens.

²³⁹⁶ V. *supra*, n° 205.

²³⁹⁷ La même logique se retrouve dans le pouvoir judiciaire de révision des honoraires. Par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 21 fév. 2006, *loc. cit.*

²³⁹⁸ C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*, n° 26.

²³⁹⁹ Art. L. 217-9 C. conso.

résulte d'un exercice fautif. Si l'agrément a été refusé pour servir une finalité prohibée, le juge devrait pouvoir le déclarer acquis. Où l'on constate alors l'intérêt que la réparation en nature présente. La mesure présente des avantages suffisants pour devenir un instrument usuel au service du juge.

La réparation en nature n'est pas sans rappeler les nouvelles sanctions de l'inexécution que la réforme du droit des contrats a mis au service du créancier. En particulier, l'article 1223 du Code civil crée un outil dont le contractant peut user sans recourir au juge. La révision du prix déterminé unilatéralement ne correspond pas au mécanisme de réduction du prix. L'assimilation est tentante, mais la réduction doit résulter de l'inexécution imparfaite de la prestation dont le prix constitue la contrepartie. L'exercice fautif de la prérogative de fixation du prix ne correspond pas à ce cas de figure. Dans le même sens, l'exercice fautif de la prérogative de choix de l'obligation alternative ne se confond pas avec l'exécution imparfaite de la prestation une fois choisie. Si la distinction entre les prérogatives et les droits de créance est plus trouble lorsque la modification porte sur le contenu obligationnel, elle n'en est pas moins bien réelle. Opter pour telle prestation plutôt que pour telle autre afin de nuire à son cocontractant ne suppose pas que la prestation élue soit imparfaite. Bien que la mise en œuvre de la prérogative interfère directement avec les prestations²⁴⁰⁰, le mauvais exercice et la mauvaise exécution ne se confondent pas. Par conséquent, le sujet passif ne peut pas user de la prérogative que confère l'article 1223 pour réaliser unilatéralement une réparation en nature. La réfaction de l'exercice irrégulier de la prérogative est l'œuvre du juge. Un autre outil peut permettre au sujet passif d'agir contre le *potentior* négligent sans agir en justice.

2) Le transfert de titularité au sujet passif

492. **Le changement de *potentior*.** Une hypothèse résiduelle d'exercice déloyal a été identifiée : il est constitué par le non-usage de la prérogative contractuelle. L'inertie prolongée du *potentior* paralyse la situation contractuelle et met le sujet passif dans un état d'attente préjudiciable²⁴⁰¹. L'arrêt de la Chambre commerciale du 6 février 2019 en atteste, qui sanctionne le coassocié titulaire d'un droit d'agrément dont l'abstention durant plusieurs années a fait perdre de nombreuses chances au sujet passif-coassocié de céder ses parts²⁴⁰². À ce sujet, on a pu proposer la généralisation d'un délai d'exercice raisonnable, dont le point de départ serait la mise en demeure du *potentior* et au terme duquel le bénéfice de la prérogative

²⁴⁰⁰ En ce sens, T. REVET, « Propos introductif », in « Les prérogatives contractuelles », *op. cit.*, n° 2, p. 642.

²⁴⁰¹ V. *supra*, n° 377.

²⁴⁰² Cass. Com. 6 fév. 2019, n° 17-20.112, *op. cit.*

serait perdu²⁴⁰³. Ce mécanisme permet d'endiguer la faute et de rendre toute sanction inutile. Toutefois, ce remède n'est envisageable que lorsque l'alternative laissée au *potentior* se résume à une option entre exercer et ne pas exercer la prérogative. Dans d'autres cas, l'alternative réside dans la manière d'exercer la prérogative. Sa mise en œuvre est nécessaire pour assurer la continuité de l'exécution contractuelle. C'est le cas de l'obligation alternative pour laquelle le non-choix paralyse la situation contractuelle. Des sanctions doivent être envisagées pour cette forme d'attentisme. La prérogative n'étant pas exercée, sa neutralisation est irréalisable. La nullité est exclue. L'article 1307-1, alinéa 2, du Code civil propose au sujet passif deux issues dont l'une se présente comme un remède unique en son genre.

La première solution envisagée est la résolution du contrat. L'absence d'échange économique créé par le non-exercice de la prérogative la justifie. Pourtant, elle offre une voie de sortie au *potentior* de la prérogative contenue dans l'obligation alternative. Il est nécessaire de prévoir une autre option qui permet au sujet passif d'obtenir la réalisation de l'engagement. Certes, ce dernier peut demander une condamnation sous astreinte pour contraindre le *potentior* à exercer son choix. Pour autant, l'avantage comminatoire de l'astreinte est contrebalancé par la nécessité de recourir au juge. Le changement de *potentior* ne l'exige pas. L'article 1307-1 autorise un transfert de titularité de la prérogative²⁴⁰⁴. Après mise en demeure d'exercer la prérogative dans un délai raisonnable, les rôles de *potentior* et de sujet passif s'inversent sans qu'il soit besoin d'une intervention judiciaire pour cela. De cette façon, l'objectif de célérité dans l'adaptation du contenu contractuel est atteint. Le *potentior* défaillant est amputé de sa puissance au profit du sujet passif. La force dissuasive de la sanction ne fait pas de doute. Le choix appartient en principe au débiteur de l'obligation alternative mais s'il ne l'exerce pas, il se verra imposer la prestation dont il est redevable.

Malgré le rejet de ce remède par la jurisprudence antérieure à la réforme²⁴⁰⁵, le transfert de titularité de la prérogative pourrait être étendue au non-exercice de la fixation unilatérale du prix. L'hypothèse est d'école : *a priori*, le créancier du prix cherche à être payé, souvent le plus rapidement possible, tandis que le débiteur n'est pas pressé de s'en acquitter. Cependant,

²⁴⁰³ V. *supra*, n° 339.

²⁴⁰⁴ V. égal. art. 7 : 105 PDEC qui prévoit que « si la partie à qui revient le choix ne l'a pas arrêté dans le délai fixé par le contrat, (a) si le délai est fondamental, le droit de choisir passe à l'autre partie, (b) si le délai n'est pas fondamental, l'autre partie peut procéder à une notification qui impartit un délai supplémentaire de durée raisonnable au cours duquel la partie doit arrêter son choix. Si elle ne le fait, le droit de choisir passe à l'autre ».

²⁴⁰⁵ Cass. Civ. 3^e, 4 juil. 1968, *Bull. civ.* III, n° 325 : « le juge ne peut, dans les rapports contractuels, se substituer aux parties, pour exercer, en leur nom, une option qu'elles se sont réservée, ni autoriser le contractant qui n'avait pas ce droit d'après la convention, opérer le choix à la place de la partie défaillante ».

le cas d'un créancier peu réactif doit toujours être envisagé. La non-fixation ne bloque pas l'exécution de la situation contractuelle mais embarrasse le sujet passif. Ce dernier peut redouter de recevoir sa facture avec plusieurs années de retard compte tenu des incertitudes de sa propre situation financière. Les articles 1345 et suivants du Code civil trouvent à s'appliquer. Au terme du premier de ces textes, le débiteur peut mettre en demeure le créancier de permettre le paiement lorsqu'il l'empêche par son comportement. La mise en demeure devrait alors viser l'exercice de la fixation du prix. À l'issue d'une période de deux mois, si l'obstruction n'a pas pris fin, le débiteur est recevable à consigner sa prestation si son obligation est monétaire. Pour autant, le créancier-*potentior* soudainement intéressé de recevoir son paiement peut contester la somme consignée si elle est inférieure au prix qu'il a fini par fixer. Autoriser le changement de *potentior* comme sanction possible du non-exercice de la prérogative de fixation du prix permettrait d'éviter cet écueil et finirait de convaincre le créancier le plus négligent de mettre en œuvre son droit.

493. **Conclusion de la section.** L'exercice de la prérogative contractuelle ne peut être dissocié de l'exécution du contrat dans laquelle elle s'enchaîne. En conséquence, sa mise en œuvre irrégulière a pu être caractérisée comme une inexécution du contrat. Les sanctions qui en découlent ressortent de l'article 1217 du Code civil. Toutes ne sont pas pertinentes : certaines sont spécifiques au non-accomplissement d'une prestation. D'autres, en revanche, se sont révélées adéquates et pratiquées en droit positif. La résolution permet au sujet passif de mettre fin au lien contractuel lorsque le comportement du *potentior* a rompu trop gravement la confiance qu'il lui accordait. Sa responsabilité contractuelle peut également être engagée, à titre de sanction principale ou comme sanction complémentaire. En outre, des sanctions spéciales ont été dégagées à partir de solutions particulières. La réparation en nature, forme de réfection de l'exercice de la prérogative, est possible dans certains cas de figure. Pratiquée en jurisprudence pour remédier au préavis insuffisant, il est regrettable que la mesure n'ait pas été davantage développée dans la réforme du 10 février 2016. Elle assure l'équilibre des intérêts en présence : celui de voir survenir la modification pour le *potentior*, celui de voir garantir ses prévisions pour le sujet passif. Le changement de *potentior* est une autre mesure pertinente lorsqu'il fait preuve d'un attentisme préjudiciable au sujet passif. Celui-ci acquiert, après mise en demeure, la titularité de la prérogative. Sa dimension comminatoire et la pérennité du lien contractuel qu'elle assure font son utilité. Ces divers instruments permettent de réparer l'ensemble des fautes commises à l'occasion de l'exercice des prérogatives

contractuelles. Ils confèrent au sujet passif et au juge la possibilité d'opter pour une mesure appropriée et proportionnée.

494. **Conclusion du chapitre.** L'exercice de la prérogative contractuelle est un acte unilatéral imbriqué dans l'exécution d'une situation contractuelle. Aucune de ces deux dimensions ne doit être écartée pour donner aux contractants des remèdes pertinents à l'exercice irrégulier. Ce faisant, un régime hybride apparaît. La nullité de l'exercice de la prérogative s'impose comme une sanction naturelle de l'acte unilatéral de mise en œuvre de la prérogative. Par là même, elle se trouve neutralisée sans que le droit soit privé d'existence. Le contrat est amputé de la modification mal mise en œuvre. Il est remis au *statu quo ante* et les parties continuent de l'exécuter ; mais parce que la nullité de l'acte s'inscrit dans le contrat, elle peut se révéler impossible ou inadaptée. Dans ce cas, l'exercice irrégulier de la prérogative ne s'analyse plus sous l'angle d'un acte unilatéral mais par le biais des effets du contrat. La violation d'une condition d'exercice se comprend comme l'inexécution d'une règle contractuelle. Ainsi, les parties ou le juge peuvent opter pour certaines sanctions de l'inexécution contractuelle. La résolution du contrat et la responsabilité du *potentior* sont les plus courantes. D'autres remèdes, moins répandus, sont également envisageables. La réfaction de l'exercice de la prérogative et le transfert de sa titularité au sujet passif constituent des outils pertinents. Une fois les sanctions de l'exercice irrégulier de la prérogative comprises, il est possible d'envisager le régime du droit de critique de l'exercice. Son étude permet de comprendre comment les parties accèdent à l'une de ces sanctions ou y échappent.

CHAPITRE 2. LA CRITIQUE DE L'EXERCICE

495. Étudier le régime de l'exercice de la prérogative contractuelle implique de savoir à quelles règles est soumise sa critique. Pour qu'une sanction soit prononcée, il faut que la mise en œuvre irrégulière soit contestée. Dans ce processus, le rôle des parties et des tiers, en particulier du juge, est corollaire à la fonction de la prérogative contractuelle. L'intervention du juge pour apprécier l'irrégularité et prononcer la sanction doit pouvoir être rapidement effectuée afin de contrecarrer la célérité de la modification. Surtout, l'adaptation unilatérale du contrat est l'affaire des parties, seules à même de la contester ou de la purger si elle est viciée. Les règles relatives à la réalisation du droit de critique (section 1) et à son exclusion (section 2) constituent les suites logiques de la notion de prérogative contractuelle.

Section 1. La réalisation du droit de critique

496. Le recours au juge pour faire obstacle à l'exercice irrégulier d'une prérogative contractuelle n'est pas systématique²⁴⁰⁶. C'est toutefois nécessaire dans la plupart des cas. Lorsqu'il le faut, une action en justice destinée à protester contre cet exercice est requise. Les règles qui gouvernent le droit d'agir en justice permettent de déterminer qui est recevable à contester la mise en œuvre de la prérogative et les effets immédiats que cela engendre. Le sujet passif est, dans la plupart des cas, le demandeur. Toutefois, des tiers pourraient avoir intérêt à mettre en cause l'exercice de la prérogative. Le *potentior*, lui-même, pourrait être tenté d'invoquer l'irrégularité pour revenir sur la modification opérée. Il faut s'interroger sur la recevabilité de ces actions. Outre l'auteur de la contestation, se pose la question de la manière dont l'exercice doit être contesté. Il arrive fréquemment que le contrat prévoit des clauses destinées à organiser le différend qui pourrait survenir entre les parties. Pourtant, la prérogative a parfois pour effet de revenir rétroactivement sur l'existence de la situation contractuelle. Il faut s'interroger sur la survie de ces clauses selon la prérogative exercée. La procédure de la contestation se dessine alors, entre droit de la procédure civile et force obligatoire des stipulations contractuelles (§1). Une fois admise, l'action en justice mobilise le juge. Le mécanisme unilatéral de la prérogative a permis de réduire l'intervention judiciaire aux seuls cas dans lesquels elle est indispensable. L'action au principal reste la plus courante.

²⁴⁰⁶ V. *supra*, n° 484.

Néanmoins, le recours au juge des référés s'avère souvent essentiel pour garantir les droits du sujet passif face à la modification réalisée par simple décision (§2).

§1. La procédure de contestation

497. La procédure de contestation de l'exercice de la prérogative contractuelle mérite qu'on s'y arrête. Une première série de difficultés provient des acteurs de la contestation. Si, généralement, le sujet passif est le plus à même de vouloir contester la mise en œuvre de la prérogative, d'autres peuvent vouloir contrecarrer la modification opérée. Au-delà de leur intérêt matériel à critiquer l'exercice de la prérogative, la question de leur intérêt juridique à agir se pose. En réalité, seul le sujet passif est admis à contester l'exercice de la prérogative (A). Une seconde série de difficultés procède des aménagements contractuels de la procédure de contestation. La compatibilité de ces stipulations avec l'exercice de la prérogative doit être traitée. L'efficacité des clauses de différends dépend du type de modification réalisée par la prérogative (B).

A. L'auteur de la contestation

498. **Recevabilité de l'action en contestation du sujet passif.** L'intérêt à agir est la condition essentielle de recevabilité d'une action individuelle²⁴⁰⁷ en vertu de l'article 31 du Code de procédure civile. Sa reconnaissance postule en principe la qualité à agir²⁴⁰⁸. Il est décrit comme « la condition de l'action selon laquelle le requérant est susceptible de tirer un avantage du procès dans le cadre d'un rapport ou d'un ensemble de rapports de droit. Cette définition n'épuise pas la notion d'intérêt à agir, car on peut aussi insister sur le préjudice initial qui conduit à agir en justice. L'intérêt serait ainsi à la fois le but – tirer un avantage d'une action – et l'origine – le fait qui conduit à agir en justice. À vrai dire, on ne peut sans doute donner une définition précise de l'intérêt à agir car cette notion fonctionne comme un standard »²⁴⁰⁹. La reconnaissance de l'intérêt à agir repose sur une appréciation souveraine des juges du fond²⁴¹⁰. L'intérêt doit correspondre à certains critères pour que l'action en justice soit recevable. Il doit être actuel, légitime, direct et personnel. Le sujet passif répond sans nul

²⁴⁰⁷ L'action individuelle est celle « par laquelle un plaideur défend ses propres intérêts et souhaite obtenir la reconnaissance de son droit », V. E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 304-305.

²⁴⁰⁸ *Ibid.*

²⁴⁰⁹ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 308.

²⁴¹⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1980, *Bull. civ.* I, n° 279.

doute à ses exigences. L'intérêt n'a rien d'éventuel lorsqu'il conteste l'exercice de la prérogative en arguant de l'irrespect de l'une des conditions qui lui est associée. Il est légitime dans la mesure où son action n'a rien d'illicite ou d'immoral. Son intérêt à agir est également direct et personnel puisque la prérogative produit une modification qui s'impose dans la situation contractuelle à laquelle il est partie.

Le droit de critiquer l'exercice de la prérogative n'est pas affecté au motif que le sujet passif ne s'oppose pas matériellement à la modification réalisée. Ce comportement est insuffisant pour caractériser une confirmation tacite²⁴¹¹. Le sujet passif doit pouvoir contester la mise en œuvre de la prérogative en justice quand bien même il n'y aurait pas résisté dans les faits. En particulier, il peut avoir payé le prix unilatéralement fixé par le *potentior* sans que cela obstrue son action en justice. Ce serait faire une lecture fantasmatique des articles 1164 et 1165 du Code civil que de soutenir l'inverse. Cette croyance pourrait, en fait, relever d'une analogie malvenue avec le pouvoir du juge de réviser les honoraires du prestataire de service sous réserve que le client ne les ait pas acceptés après l'exécution de sa prestation²⁴¹². La règle s'applique lorsque les honoraires ont été fixés par consensus lors de la conclusion du contrat²⁴¹³. Elle est écartée lorsque le client accepte la facture, ce qui se déduit en général de son paiement. Elle n'a pas vocation à jouer, en revanche, quand le prix de la prestation est fixé unilatéralement par le créancier. L'exercice de cette prérogative n'entre pas dans le champ d'application de la règle séculaire de révision des honoraires. Sorte de lésion spéciale et prétorienne, elle est qualifiée « d'arrangement judiciaire » par Cornu²⁴¹⁴. Les fondements de la révision des honoraires ont été discutés²⁴¹⁵. Si l'équité paraît être le fondement approprié²⁴¹⁶, son caractère dérogatoire empêche d'étendre sa logique au contrôle de la déloyauté dans

²⁴¹¹ V. *infra*, n° 516 et s.

²⁴¹² Pour les mandataires, V. Cass. Req. 12 déc. 1911, D.1913.1.129. Cass. Req. 11 mars 1913, D.1913.1.408. Pour les membres de professions libérales, V. Cass. Civ., 24 avr. 1914, S.1914.1.349 (médecins) ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, n° 95-15.799 (avocats) ; *RTD civ.* 1998. 901, J. MESTRE ; *Defrénois* 1998, art. 36815, n° 65, J.-L. AUBERT. Cass. Civ. 1^{re}, 5 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 168 (généalogistes) ; *JCP G.* 1998.I.177, C. LABARTHE

²⁴¹³ Cass. Civ. 1^{re}, 2 avr. 1997, n° 95-17.606 ; *Defrénois* 1997. 1433, A. BENABENT ; *RTD civ.* 1998. 373, J. MESTRE.

²⁴¹⁴ G. CORNU, *RTD civ.* 1971. 172, note sous CA Rennes, 17 avr. 1969, *Gaz. Pal.* 2-5 janv. 1971, *somm.*

²⁴¹⁵ V. déjà *supra*, n° 205. Il serait possible d'arguer de l'article 1103 du Code civil pour caractériser la mauvaise foi du prestataire de service lors de la *formation* du contrat. Ce dernier profiterait de l'ignorance d'un client incapable d'évaluer le bien-fondé du prix dès l'origine (V. R. LIBCHABER, *Defrénois* 2006. 1223, *op. cit.*, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 21 févr. 2006, *op. cit.*. V. égal. D. MAZEAUD et M. LATINA, « Lésion », in *Répert. dr. civ.*, Dalloz, Avr. 2018, n° 46). Cette explication contredit pourtant la protection de la substance des clauses du contrat établie par la jurisprudence *Les Maréchaux*.

²⁴¹⁶ V. R. LIBCHABER, *Defrénois* 2006. 1223, *op. cit.* ; G. CORNU, *RTD civ.* 1971. 172, *op. cit.* : « le pouvoir exorbitant du juge est tout simplement, dans sa pérennité, l'une des illustrations les plus marquantes de la jurisprudence d'équité ».

l'exercice d'une prérogative. Parce que cette règle est exorbitante du principe de force obligatoire du contrat, elle trouve une limite immédiate dans le paiement par le client postérieurement à l'exécution de la contrepartie. Ce paiement s'analyse comme la reconnaissance de l'adéquation entre le prix initialement convenu et la prestation réalisée. Par conséquent, le pouvoir du juge est neutralisé. Cette limite n'a aucune raison d'être dans la contestation de l'exercice de la prérogative. L'étendre à l'hypothèse de la fixation unilatérale du prix ne se justifie que par un raisonnement simpliste. Le contrôle des conditions de sa mise en œuvre ne contredit pas la force obligatoire de la clause. L'action en justice du sujet passif n'a donc pas à être limitée parce qu'il s'est, dans un premier temps, comporté de façon conciliante. Son droit de critique doit être protégé des comportements qu'il adopte sans en maîtriser les conséquences. De nombreuses raisons peuvent expliquer qu'il se soumette à la modification réalisée et aux effets juridiques qu'elle fait naître avant de la critiquer : la peur d'avoir à payer des intérêts ou celle de ne pas pouvoir faire face à une action en justice en constituent des exemples²⁴¹⁷.

Il ne fait pas de doute, donc, que le sujet passif soit recevable à agir en contestation de l'exercice de la prérogative indépendamment de sa réaction au moment de la modification. Le *potentior*, en revanche, n'est pas recevable à agir.

499. Irrecevabilité de l'action du *potentior* en contestation de l'exercice de la prérogative. Une fois la prérogative contractuelle exercée de façon définitive, le *potentior* ne peut pas se rétracter. À cet égard, le sujet passif est recevable à agir en justice pour faire constater l'acquisition de la modification opérée par l'exercice de la prérogative lorsque le *potentior* tente d'y remédier²⁴¹⁸. Dans la continuité de cette analyse, le *potentior* ne devrait pas être recevable à faire valoir l'irrégularité de l'exercice dont il est à l'origine pour faire obstacle à son efficacité. Plusieurs arguments entérinent cette conception. Le sujet passif peut d'abord opposer sa confirmation²⁴¹⁹. Il peut également se fonder sur le caractère relatif de la nullité de l'exercice de la prérogative²⁴²⁰. Aux termes de l'article 1181 du Code civil, « la nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger ». Le *potentior* se verrait opposer une fin de non-recevoir sur ce fondement²⁴²¹. La légitimité de

²⁴¹⁷ L'attitude inverse d'un sujet passif plus rebelle ne correspond pas non plus au mécanisme de l'exception d'inexécution, V. *supra*, n° 465.

²⁴¹⁸ V. Cass. Civ. 3^e, 6 sept. 2018, *op. cit.* ; V. *supra*, n° 316.

²⁴¹⁹ V. *infra*, n° 316 et s.

²⁴²⁰ Sur la sanction de la nullité relative, V. *supra*, n° 463.

²⁴²¹ Art. 122 et s. C. pr. civ.

l'intérêt à agir peut également fonder l'irrecevabilité de sa demande si elle tend à obtenir une sanction relative à l'inexécution du contrat²⁴²². Pendant un temps, la légitimité était principalement appréhendée sous l'angle de l'immoralité²⁴²³. Elle a évolué pour intégrer d'autres causes d'illégitimité, en particulier pour contrarier les actions d'opportunité²⁴²⁴. L'action du *potentior* pour agir contre l'exercice de la prérogative sur le fondement d'une faute dont il est l'auteur est un exemple patent d'opportunisme. Cette considération se rapproche d'un arrêt selon lequel la contradiction évince l'intérêt à agir²⁴²⁵. Il renvoie au caractère illégitime de l'intérêt sur le fondement de la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*²⁴²⁶. Elle fait sens aussi dans le cas du *potentior* : il ne peut pas se prévaloir de sa propre faute pour contester l'exercice d'un droit dont il est l'auteur. Cette contestation caractérise une contradiction incompatible avec l'exigence d'un intérêt légitime à agir.

500. Irrecevabilité de l'action individuelle du tiers en contestation de l'exercice de la prérogative. Une autre question est celle de savoir si un tiers, qui a un intérêt matériel à agir en contestation de l'exercice de la prérogative, est recevable à agir en justice²⁴²⁷. Par exemple, le tiers acquéreur d'un bien faisant l'objet d'un droit d'option exercé hors du délai par le bénéficiaire peut-il agir en son nom pour faire annuler la levée d'option ?

²⁴²² V. *supra*, n° 469 et s.

²⁴²³ Cass. Civ. 2^e, 18 mars 1965, *Bull. civ.* II, n° 289.

²⁴²⁴ E. JEULAND, *Droit processuel général, op. cit.*, n° 310.

²⁴²⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 19 janv. 1983 *Bull. civ.* I, n° 27 : en l'espèce, une femme avait demandé et obtenu que son divorce soit prononcée par une juridiction étrangère. Son ex époux étant décédé par la suite, elle invoque devant les juridictions françaises l'irrégularité de la procédure suivie par la juridiction étrangère par rapport à l'ordre public français pour intervenir à la procédure de partage de la succession. Les juges d'appels, soutenus par la Cour de cassation, rejettent sa demande. L'arrêt énonce que la demanderesse « n'était pas recevable à invoquer l'inopposabilité en France de la décision étrangère qui avait prononcé le divorce sur sa propre demande ». Cass. Civ. 2^e, 16 mai 1974, *Bull. civ.* II, n° 166 : le défendeur à une injonction de payer qui a saisi le tribunal d'instance d'une demande reconventionnelle est sans intérêt à contester la compétence de cette juridiction pour statuer sur sa demande reconventionnelle.

²⁴²⁶ V. cependant N. CAYROL, « Action en justice », in *Répert. proc. civ., op. cit.*, n° 263 : l'auteur estime que l'adage *nemo auditur...* n'a pas sa place dans l'examen de la recevabilité de l'action puisqu'il repose sur l'appréciation morale des motifs allégués au soutien de la prétention de l'auteur ; or « refouler le plaideur immoral en lui opposant le filtrage de la recevabilité, c'est commettre un déni de justice ». Toutefois, la contradiction du demandeur (ici *potentior*) n'est pas une turpitude en raison d'une appréciation subjective de l'immoralité qui l'anime, mais une appréciation objective de la prétention qui repose sur la faute de l'auteur de la prétention. En réalité, la turpitude, lorsqu'elle se rattache à la recevabilité de l'action, semble être entendue comme synonyme de faute, alors même qu'elle pourrait s'en distinguer pour ne connaître qu'une simple coloration morale dépourvue d'effet dans l'appréciation de l'intérêt à agir. V. C. ATIAS, « Nul ne peut se prévaloir... » *D.* 1999. 218, spéc. n° 2. V. égal. P. LE TOURNEAU, *La règle "Nemo auditur..."*, LGDJ, 1970, n° 81 et s., p. 91 et s.

²⁴²⁷ Cette hypothèse doit être envisagée hors du cas de l'exercice de l'action oblique qui permet au tiers d'agir au nom et pour le compte de son débiteur, qui serait en l'occurrence le sujet passif de la prérogative. Sur l'exercice de l'action oblique qui permet l'exercice de la prérogative, V. *supra*, n° 321. Dans le même sens, puisque le tiers agit en son nom propre, son action n'est pas une action de substitution mais une action individuelle.

Dans cette hypothèse, le tiers est l'ayant cause à titre particulier du promettant et son acquisition a eu lieu postérieurement à l'exercice (irrégulier) du droit d'option. Là encore, le caractère relatif de la nullité de l'exercice irrégulier suffit à admettre l'irrecevabilité de l'action du tiers. La fin de non-recevoir peut, en outre, reposer sur l'absence d'un intérêt direct et personnel à agir²⁴²⁸. En effet, le tiers agirait pour que la vente entre le promettant et le bénéficiaire soit annulée, de sorte que la vente dont il est l'acheteur ne soit pas *a non domino*. C'est donc par un effet indirect que son droit pourrait être réalisé. Par conséquent, le tiers n'a pas qualité à agir pour faire obstacle à l'exercice de la prérogative. En revanche, il est recevable à demander des dommages-intérêts sur le fondement de la jurisprudence *Mir'Ho/Boot Shop*²⁴²⁹. Aux termes de cette jurisprudence, le tiers à un contrat est fondé à invoquer le manquement contractuel sur le fondement de la responsabilité délictuelle si ce manquement lui a causé un dommage ; or l'irrespect des conditions d'exercice de la prérogative s'analyse en un manquement contractuel²⁴³⁰. La preuve qu'un dommage en résulte permet au tiers d'agir en réparation sur le fondement extracontractuel, du moins tant que survit cette règle²⁴³¹. Une autre conséquence est, en outre, induite du caractère contractuel du manquement aux conditions d'exercice de la prérogative : l'application des clauses de différends.

²⁴²⁸ En ce sens par ex., Cass. Civ. 3^e, 28 janv. 1987, *Bull. civ.* III, n° 15 : l'acquéreur d'un bien évincé par la préemption d'une SAFER n'a pas qualité pour provoquer l'annulation de cette acquisition pour défaut de régularisation de l'acte authentique dans le délai prévu.

²⁴²⁹ Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006, *Bull. Ass. plén.*, n° 9 ; *D.* 2006. 2825, G. VINEY ; *JCP G.* 2006.II.10181, M. BILLIAU ; *RDI* 2006. 504, P. MALINVAUD ; *D.* 2007. 2897, P. BRUN et P. JOURDAIN ; p. 2966, S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP G.* 2007.I.85, n° 4, P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2007. 61, P. DEUMIER ; p. 115, J. MESTRE et B. FAGES ; p. 123, P. JOURDAIN ; *AJDI* 2007. 295, N. DAMAS ; *Contrats Conc. Consom.* 2007, n° 63, L. LEVENEUR.

²⁴³⁰ *V. supra*, n° 476 et s.

²⁴³¹ La Cour de cassation a réitéré sa solution : Cass. Ass. plén., 13 janv. 2020, n° 13-19.963, PB. Cependant, le projet de réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie de mars 2017 (art. 1234) et la proposition de loi du Sénat du 29 juil. 2020 (art. 1234 et art. 1241) remettent en cause cette jurisprudence.

B. L'efficacité des clauses de différends

501. **Les clauses de différends.** Les clauses de différends sont celles qui « ont trait aux contours de l'action contentieuse » ainsi que celles qui sont « relatives à l'instance »²⁴³². Parmi les clauses relatives à l'action, Madame Helleringer dénombre les clauses de compétence – clause compromissoire et clause attributive de juridiction – et les clauses d'aménagement du droit d'agir – clause de médiation ou de conciliation et clauses de non-recours. Les clauses propres à l'instance se partagent entre celles qui organisent le mode ou la charge de la preuve et celles qui sont relatives à l'interprétation du texte contractuel ou des faits. Sous réserve de leur validité dans le contrat²⁴³³, les clauses de différends sont applicables en cas de violation d'une condition d'exercice de la prérogative²⁴³⁴. En principe, donc, le sujet passif qui entend contester l'exercice irrégulier de la prérogative est, par exemple, soumis au respect de la clause de médiation stipulée dans le contrat. Certaines questions surviennent sur la compatibilité de la contestation de l'exercice de la prérogative avec l'efficacité des clauses de différends.

502. **Mauvaise foi et clauses de différends.** Le manquement à une condition substantielle de l'exercice de la prérogative se résume à la mauvaise foi du *potentior*. Il est permis de s'interroger sur l'efficacité des clauses de différends en pareil cas. La déloyauté du *potentior* dans l'exercice de sa prérogative peut faire obstacle à l'efficacité de certaines clauses de différends. Par exemple, la clause limitative ou évasive de responsabilité ne s'applique pas en cas de faute lourde ou dolosive²⁴³⁵. Par analogie, la clause de non-recours pourrait subir le même sort²⁴³⁶. En effet, cette clause, qui prive le contractant (sujet passif) de son action en contestation de l'exercice de la prérogative, doit logiquement s'effacer lorsque

²⁴³² G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat...*, *op. cit.*, n° 561 et s., p. 287 et s. ; V. égal. L. CADIET, « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1990, p. 193.

²⁴³³ V. par ex. les règles relatives à la validité de la clause compromissoire (art. 1442 et s. C. pr. civ.). Il existe, en outre, des restrictions tenant à l'objet du contrat ou à la qualité des parties au contrat. En particulier, les clauses de différends doivent respecter les règles de validité spécifiques dans les situations d'adhésion.

²⁴³⁴ Dans le même sens, les clauses qui définissent les remèdes au manquement contractuel sont applicables en cas d'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle.

²⁴³⁵ Art. 1231-3 C. civ. ; Cass. Civ. 1^{re}, 24 févr. 1993, *Bull. civ. I*, n° 88 ; *JCP G.* 1993.II.22166, G. PAISANT ; *Defrénois* 1994. 354, D. MAZEAUD.

²⁴³⁶ V. G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat...*, *op. cit.*, n° 581 et s., p. 297.

la faute est d'une particulière gravité²⁴³⁷. En revanche, les autres catégories de clauses de différends ne paraissent pas sensibles à la mauvaise foi du *potentior*. Les clauses de compétence, les clauses de médiation ou encore les clauses relatives à la preuve restent efficaces indépendamment de la gravité du comportement déloyal d'une partie dans l'exécution du contrat, en particulier lors de la mise en œuvre d'une prérogative. En effet, ces clauses ne privent pas le sujet passif de tout ou partie de son droit à réparation. Leur survie interroge, en revanche, lorsque la prérogative anéantit le contrat.

503. Prérogatives d'extinction du lien contractuel et survie des clauses de différends. « Au sens large, tout contrat qui prend fin par une exécution pleine et entière, par nullité, par résiliation, par résolution, par rupture unilatérale, par caducité, par échéance du terme, ouvre une phase post-contractuelle »²⁴³⁸. Se pose la question de la persistance des clauses de différends dans la phase post-contractuelle, lorsque l'extinction du contrat est l'œuvre de la prérogative contractuelle.

Les prérogatives d'extinction pour l'avenir engendrent un anéantissement naturel du contrat, c'est-à-dire non pathologique. Dès lors, « ce type d'extinction n'entraîne ni la disparition de la norme contractuelle, ni, par conséquent, la disparition des effets supposés intervenir une fois l'opération réalisée. Les clauses post-contractuelles trouveront donc naturellement à s'appliquer dans une telle situation : toutes les stipulations destinées à prendre effet lors de l'extinction du contrat remplissent leur vocation en s'appliquant lorsque survient l'extinction naturelle du contrat »²⁴³⁹. La question est moins aisée à résoudre quand l'extinction du contrat s'appuie sur un élément pathologique. Les prérogatives d'extinction du lien contractuel permettent parfois de revenir de manière rétroactive sur la formation du contrat.

L'extinction rétroactive du lien contractuel est permise par les prérogatives de résolution. La procédure pour les contester se confronte à la disparition des autres clauses du contrat. L'article 1447 du Code de procédure civile affirme l'autonomie de la clause compromissoire par rapport à la situation contractuelle à laquelle elle se rapporte, de sorte que sa survie est

²⁴³⁷ G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat...*, *op. cit.*, n° 711, p. 360 ; Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 1981, *Bull. civ.* I, n° 112, *loc. cit.* Sur les fautes de mauvaise foi lourdes et dolosives, V. *supra*, n° 370.

²⁴³⁸ M. MEKKI, « Les clauses aménageant la phase post-contractuelle », in *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Larcier, 2010, p. 147, spéc. p. 148. Comp. P. STOFFEL-MUNCK, « L'après-contrat », *op. cit.*, spéc. n° 2 : l'auteur exclut de son champ d'étude la phase post-contractuelle lorsqu'elle est pathologique, ce qui évince les clauses de différends. « L'après-contrat » ne s'entend alors que de l'hypothèse où l'opération économique « appartient vraiment au passé, ce qui suppose que cette opération s'est correctement exécutée ».

²⁴³⁹ M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. ROCHFELD, LGDJ, 2013, n° 452, p. 396.

assurée²⁴⁴⁰. Si les autres clauses de différends ne bénéficient pas de dispositions spécifiques, l'article 1230 du Code civil énonce désormais que « la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence ». L'indépendance des clauses de différends est donc assurée dans le cas de l'exercice d'une prérogative de résolution, après un courant jurisprudentiel en sens contraire²⁴⁴¹. Le fondement de la survie de ces clauses a été discuté. Par analogie avec les théories relatives à la nullité partielle du contrat, il aurait été possible d'envisager une résolution partielle du contrat autorisant la survie de certaines clauses²⁴⁴². Le concept de « résolution partielle » a été rejeté, dans le cas

²⁴⁴⁰ D'après Cass. Civ. 7 mai 1963, *Bull. civ.* I, n° 246 ; *Rev. crit. DIP* 1963. 615, H. MOTULSKY ; *JCP G.* 1963.II.13405, B. GOLDMAN : « l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou conclu dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte ». En droit interne, V. par ex. Cass. Civ. 2, 4 avr. 2002, *Bull. civ.* II, n° 68, *op. cit.*

²⁴⁴¹ V. Cass. Com. 5 oct. 2010, n° 08-11.630 : « « La résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer les clauses imitatives de responsabilité ». Cass. Com. 3 mai 2012, *Bull. civ.* IV, n° 86 ; *D.* 2012. 1719, A. ETIENNEY DE SAINTE-MARIE ; *D.* 2013. 391, S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI : la décision de la cour d'appel est approuvée, ayant jugé « à bon droit » que « le contrat résolu étant anéanti, la société Mansit n'était pas fondée à se prévaloir des stipulations contractuelles régissant les conditions et les conséquences de sa résiliation unilatérale par la société GFI Monetic ». *Contra* Cass. Com. 7 févr. 2018, *Bull. civ.* IV, n° 19, *op. cit.* : la Cour de cassation, statuant en vertu du droit applicable avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 févr. 2016, censure la décision des juges d'appels au motif que « en cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables ».

²⁴⁴² V. J. PIEDELIEVRE, *Des effets des actes nuls*, A. Rousseau, 1911 ; « Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est nullum producit effectum" », *op. cit.* ; Comp. P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.* V. par ex. à propos d'une clause de conciliation préalable à toute action en justice, Cass. Civ. 2, 6 juil. 2000, n° 98-17.827 ; *RTD civ.* 2001. 359, J. MESTRE et B. FAGES. V. égal. Cass. Ch. mixte 14 févr. 2003, *Bull. mixte*, n° 1 ; *JCP G.* 2003.I.128, L. CADIET. Madame Cottet a proposé d'asseoir la survie de la clause sur le double critère de la cause de la nullité et sur la fonction de la clause dont la survie est envisagée, V. M. COTTET, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, *op. cit.*, n° 459 et s., p. 402 et s. : Par exemple, la cause de la nullité peut porter sur le contenu du contrat. De la sorte, si l'objet de la prestation caractéristique est illicite, sa contrepartie l'est également. Néanmoins, les éléments du contenu contractuel qui ne se rattachent pas aux éléments illicites ne devraient pas être affectés par la nullité dans la mesure où leur fonction perdure de manière indépendante. De même, l'erreur à l'origine de la nullité peut porter sur la qualité essentielle d'une prestation, déterminante du consentement. Par conséquent, c'est seulement l'obligation sur laquelle l'erreur a porté et sa contrepartie qui sont concernées. Cela suppose la nullité des seules clauses qui ont pour fonction de contribuer à l'accomplissement de l'opération économique organisée par ces prestations. À l'inverse, si la cause de la nullité est généralisable à l'ensemble du contenu contractuel, toutes les clauses doivent être annulées. Il en irait ainsi, par exemple, d'une nullité pour erreur sur la personne du cocontractant ou pour absence de consentement. Cette proposition va dans le sens de l'idée d'autonomie de la clause, théorie qui a pu être avancée pour justifier sa persistance (Sur ce point, V. M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT, P. GRIGNON, *L'après contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2005, n° 56 et s., p. 60 et s.). Certes, la théorisation d'un « contrat dans le contrat » doit être repoussée tant elle se conçoit comme une « perpétuelle recherche théorique [...] inextricable » (T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 782, p. 560). Toutefois, le critère utilisé par Madame Cottet ne repose plus sur la nature de la clause qui justifierait à elle seule son autonomie, mais sur la cause de la nullité, laquelle peut être restreinte à certains éléments du contenu contractuel. Pour autant, cette conception se heurte à la vision du contrat comme une opération globale, pour laquelle la raison d'être de chaque stipulation s'apprécie par rapport aux autres. Évaluer l'annulabilité du contrat en fractionnant ses éléments selon la cause de la nullité porte donc

d'une exécution partielle des prestations prévues au contrat²⁴⁴³. Cependant, la comparaison avec la nullité est instructive car la rétroactivité peut animer ces deux procédés de destruction du contrat. Contrairement à la nullité, « la résolution, lorsqu'elle joue, ne consiste jamais à nier l'existence juridique du contrat mais consiste simplement à détruire ses effets passés. En aucun cas, il ne peut s'agir de faire comme si le contrat n'avait pas été conclu [...] la résolution présuppose l'existence d'un manquement contractuel et donc d'un contrat qui ne peut pas ne pas avoir existé »²⁴⁴⁴. La rétroactivité de la sanction gêne la survie d'une clause lorsqu'elle est destinée à organiser l'inexistence juridique du contrat. Cet aspect explique la survie des clauses de différends quand une prérogative de résolution est mise en œuvre. L'effet rétroactif vise à rétablir l'équilibre de l'opération économique inexécutée par une partie, or les clauses de différends ne sont pas vouées à assurer la réalisation de cette opération économique. *In fine*, la clause peut survivre tant qu'elle ne heurte pas le principe de non-cumul de la résolution et de l'exécution de l'opération²⁴⁴⁵.

La survie des clauses de différends dans le cadre de l'exercice des prérogatives de repentir ne peut pas être traitée de la même façon.

504. Prérogatives de repentir et survie des clauses de différends. Le mécanisme du repentir ressemble davantage à la caducité qu'aux autres modes d'anéantissement pathologique du contrat que sont la nullité et la résolution. La prérogative de repentir s'exerce dans un contrat valablement formé. L'un des éléments essentiels à sa validité – en l'occurrence le consentement du *potentior* – est retiré après sa conclusion. Selon

atteinte à son intégrité. De la même manière que, dans un ensemble contractuel, l'anéantissement d'un contrat engendre celui des autres, la nullité devrait s'appliquer de façon globale au contrat tout entier.

²⁴⁴³ V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 794 et s., p. 568 et s. : la résolution partielle peut être envisagée par réduction, lorsque l'opération est partiellement exécutée, ce qui renvoie à la réduction du prix de l'article 1223 C. civ. désormais. Loin d'être une résolution, la réduction a pour but de maintenir le contrat en vie (*Ibid.* spéc. n° 82, p. 572). La résolution par amputation consiste à ôter son existence juridique à une partie du contrat seulement. Là encore, cependant, ce procédé s'assimile à une révision du contrat par le juge (*Ibid.* spéc. n° 806, p. 575) : « pour admettre la possibilité d'une "résolution partielle" et lui donner vraiment un sens, il faut autoriser l'éclatement du contrat dont on commence par reconnaître l'unité. C'est ce que présuppose nécessairement la conception de résolution *partielle* : la reconnaissance d'une *partie* suppose celle d'un *tout*. À l'inverse, dire qu'il n'y a pas un tout, c'est dire qu'il y a plusieurs contrats et donc qu'il n'y a pas de "résolution partielle". Il n'y a aucune alternative. La consécration juridique de la "résolution partielle" est donc un aveu de ce que le juge est autorisé à défaire ce qu'il perçoit et affirme comme une entité cohérente ». L'auteur conclut que la résolution « a exactement le même objet que le contrat lui-même ».

²⁴⁴⁴ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 766, p. 550 ; V. aussi O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, op. cit., « Art. 1230 » : la rétroactivité de la résolution « n'est pas une conséquence nécessaire [...] mais seulement un effet contingent destiné à corriger un déséquilibre patrimonial causé par l'inexécution ».

²⁴⁴⁵ V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 768, p. 551. L'obstacle à la survie d'une clause en cas de résolution du contrat repose sur l'incompatibilité de la résolution avec les clauses qui organisent la réalisation économique du contrat. Les clauses de différends ne sont donc pas concernées.

l'article 1186 du Code civil, « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». La rétroactivité participe de l'essence du repentir. La caducité peut, pour sa part, avoir un effet rétroactif comme en dispose l'article 1187 du même code²⁴⁴⁶. Un raisonnement par analogie permet d'envisager la survie des clauses de différents malgré l'exercice du repentir. En effet, la Cour de cassation a décidé la survie de clauses post-contractuelles en dépit de la caducité²⁴⁴⁷. Elle ne s'est pas prononcée sur la survie des clauses de différends spécifiquement. On peut néanmoins postuler qu'en matière de caducité, comme dans l'exercice d'une prérogative de repentir, les clauses de différends persistent face à l'anéantissement rétroactif du contrat. Le contrat jouit d'une validité originelle. Ce n'est que postérieurement à sa conclusion qu'un élément disparaît. La prérogative de repentir permet de revenir sur la formation du contrat avant le début de son exécution. La réalisation de l'opération économique projetée par les parties n'a pas débuté. La prérogative de repentir peut ainsi se concevoir comme la faculté de renoncer à une opération économique. Cette opération économique s'exprime au travers des prestations réciproques des parties. Les clauses de différends ne constituent qu'un cadre qui sont, elles, définitivement acceptées. Quand les parties introduisent une clause de dédit et une clause de conciliation dans leur contrat, celles-ci produisent leurs effets indépendamment l'une de l'autre. Le dédit permet de se délier des prestations mais il maintient les clauses qui organisent les suites de la dissolution du contrat et les conflits qui pourraient naître. Cette conception du repentir entérine sa validité, par comparaison avec la condition potestative²⁴⁴⁸ : il ne s'agit pas d'autoriser l'engagement artificieux mais de permettre de renoncer à une opération économique sans que le consentement initialement donné soit nié. La survie des clauses de différends s'inscrit dans la continuité de ces vues. Par conséquent, la contestation de l'exercice d'une prérogative de repentir et le litige qui peut en découler sont soumis à l'application des clauses de différends.

²⁴⁴⁶ V. égal. Cass. Com., 5 juin 2007, *Bull. civ.* IV, n° 156 ; *D.* 2007. 1723, X. DELPECH ; *RTD civ.* 2007. 569, B. FAGES.

²⁴⁴⁷ La clause pénale survit à la caducité du contrat, V. Cass. Com., 22 mars 2011, n° 09-16.660 ; *D.* 2011. 1012, X. DELPECH ; p. 2179, A. HONTEBEYRIE ; *RTD civ.* 2011. 345, B. FAGES ; *JCP G.* 2011. I. 566, P. GROSSER ; *JCP E* 2011. 1410, R. MORTIER ; *JCP N* 2011. 1194, S. PIEDELIEVRE ; *LEDC* 2011, n° 3, p. 3, M. LATINA. Sur la caducité partielle, V. R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2006, n° 542 et s., p. 459 et s. La survie des clauses post-contractuelles est une question distincte de la naissance d'obligations consécutives à l'exercice de la prérogative. Par exemple, l'exercice d'un dédit peut donner lieu à une indemnité. Cette obligation est toutefois indépendante de l'anéantissement rétroactif ou non, du contrat. V. *supra*, n° 46.

²⁴⁴⁸ V. *supra* n° 245 et s.

La procédure de contestation initialement prévue par le contrat peut donc varier selon la prérogative contractuelle exercée et l'effet qu'on lui prête. Une fois effectuée dans les règles, elle mène le plus souvent à une intervention du juge.

§2. Le recours au juge

505. La multiplication des prérogatives dans le contrat pouvait faire croire à l'ambition d'une déjudiciarisation totale des rapports contractuels. Il n'en est rien. Les prérogatives ne suppriment pas l'office du juge mais redéfinissent son rôle à l'égard des parties. Il est circonscrit aux cas dans lesquels son intervention est utile (A). Dans la mesure où la prérogative permet d'imposer au sujet passif une modification pour répondre au besoin d'une prompt adaptation, le juge des référés s'impose comme un organe de contrôle nécessaire. « Juge du temps compté »²⁴⁴⁹, il tient une place importante dans les contentieux qui opposent *potentiores* et sujets passifs (B).

A. La redéfinition du rôle du juge

506. **Le passage du recours systématique au recours opportun.** La banalité des prérogatives contractuelles dans le contrat leur confère un caractère ordinaire. Leur présence aménage le rôle du juge : il dispose d'une fonction d'appui des contractants dans la réalisation de l'opération projetée et dans la défense de leurs droits lorsqu'ils sont bafoués. Le recours au juge n'est plus organisé de manière systématique mais de façon propice. Il est réservé aux cas dans lesquels il est utile.

Lorsque la prérogative permet d'opérer une modification qui nécessiterait un consensus lors de la formation du contrat, le contrôle du juge est introduit là où, sinon, la loi des parties le réduirait au silence. Paradoxalement, cette tendance aboutit à un accroissement du rôle du juge. En particulier, le contrôle de l'exercice des prérogatives de fixation du prix le mène à évaluer le prix en scrutant la légitimité du profit obtenu²⁴⁵⁰. Par conséquent, un pouvoir innommé de révision du prix fait indirectement son entrée au rang des attributions du juge du

²⁴⁴⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996, p. 20.

²⁴⁵⁰ V. *supra*, n° 401.

contrat²⁴⁵¹. Certaines prérogatives permettent, pour leur part, d'opérer une modification en supprimant l'intervention judiciaire normalement préalable. Les prérogatives de sanctions sont les principales concernées. La plus emblématique d'entre elles est la résolution par notification. C'est, à l'origine, une œuvre prétorienne ; il serait ironique d'y voir l'oripeau d'un repoussement du juge aux confins de ses attributions. En réalité, ces mécanismes font l'économie de l'intervention du juge. Ils la limitent aux cas dans lesquels l'une des parties estime son intervention nécessaire²⁴⁵². Cette assertion n'implique pas que le juge intervienne moins, mais qu'il intervienne à bon escient. Son pouvoir de régulation est mis en valeur, ce qui implique un déplacement temporel de son intervention. La modification se réalisant par la seule volonté du *potentior*, le juge est appelé à apprécier son efficacité *a posteriori*. L'autonomie des contractants promeut un développement apaisé des facultés d'adaptation de la situation contractuelle : elles ne sont pas nécessairement contentieuses et conflictuelles.

Le juge est cependant garant des conditions rigoureuses de leur validité – eu égard au mode d'élaboration de la situation contractuelle qui les héberge²⁴⁵³ –, des conditions de leur existence – ajustées à la modification recherchée – et de leurs conditions exercice. Ces dernières pondèrent le déplacement du rôle du juge en favorisant un mode rationnel de prise de décision et une compréhension mutuelle entre les parties. La multiplication des standards – de la bonne foi au déséquilibre significatif, de l'inexécution grave à l'inexécution imparfaite, ou encore du délai raisonnable²⁴⁵⁴ – confère au juge une fonction normative qui l'éloigne du rôle auquel Montesquieu entendait l'assigner²⁴⁵⁵. Loin de signer un chèque en blanc aux contractants, le législateur de la réforme du droit des contrats a structuré leur puissance décisionnelle autour d'une discipline stricte. Ensermée dans une toile de conditions, cette puissance n'a rien d'arbitraire. Voir la disparition du juge du contrat dans le mécanisme de la prérogative est un fantasme : « le juge a toujours le dernier mot »²⁴⁵⁶. Que des dérives surviennent de leur mise en œuvre, voilà qui est inévitable ; la matière juridique en tire sa raison d'être. Le juge n'a donc pas vocation à disparaître mais à être mobilisé pour soutenir les parties dans un rôle d'« entraîneur, [de] pacificateur, [d'] entremetteur, [de] régulateur »²⁴⁵⁷. La redéfinition du rôle

²⁴⁵¹ En ce sens, T. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016. 373, n° 18 et s.

²⁴⁵² Rappr. M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*, p. 400 et s.

²⁴⁵³ V. not. D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016. 358.

²⁴⁵⁴ N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016. 394.

²⁴⁵⁵ Sur la charge normative du juge, V. D. MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats », *RDC* 2016. 353, n° 22 ; L. AYNES, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? » *RDC* 2016. 14.

²⁴⁵⁶ D. MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats », *op. cit.*, n° 4.

²⁴⁵⁷ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.* Comp. L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès », in *Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 23, spéc. n° 32 p. 42 :

du juge dans le contrat fait suite au constat de la nécessité d'adapter les règles contractuelles sans que le recours à un tiers soit exigé de façon systématique afin d'accélérer l'adaptation et de la rendre moins coûteuse. Nier la réalité des pratiques contractuelles aurait eu pour seul résultat de déconnecter le droit de ses sujets, de sorte qu'admettre la prérogative contractuelle en son principe était inévitable. Le corollaire de la démocratisation des prérogatives contractuelles a été de développer des conditions à chaque étape de leur « vie juridique », qui appellent l'intervention du juge lorsqu'elle est opportune. En définitive, « il n'est question ni de réduction ni d'augmentation des pouvoirs du juge » mais d'une « mutation »²⁴⁵⁸.

La difficulté principale réside dans le prononcé des sanctions de l'exercice irrégulier de la prérogative. La modification du contrat décidée par le *potentior* peut être difficile à neutraliser compte tenu du temps qui a passé. Par conséquent, les procédures accélérées sont importantes. Le juge du principal peut être saisi de la procédure à jour fixe ou de la procédure à bref délai pour un prompt contrôle²⁴⁵⁹. Par ailleurs, il a été proposé de créer un « juge d'appui du contrat », juge unique statuant sur une procédure écrite, en dernier ressort, assorti d'un recours direct devant la Cour de cassation²⁴⁶⁰. Il prend modèle sur le juge d'appui qui existe en matière d'arbitrage. Cependant, à la différence de ce dernier, la fonction de juge d'appui au contrat promet d'être un métier à temps plein. Il y a peu d'espoir qu'il voit le jour, ce qui renforce l'importance du juge des référés. Juge du temps compté, il peut paralyser l'exercice de la prérogative rapidement, permettant ensuite au juge du principal de prononcer la sanction judiciaire.

« le juge est l'artisan de la justice contractuelle et cette mission lui donne, à l'égard du contrat, un pouvoir d'intervention au sens quasiment procédural du terme comme si, de tiers, le juge devenait partie au contrat ».

²⁴⁵⁸ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*

²⁴⁵⁹ Art. 905 et s. C. pr. civ.

²⁴⁶⁰ F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat du XXI^e siècle ? », *D.* 2017. 721 : l'auteur prend pour modèle le juge d'appui en droit de l'arbitrage créé, à l'initiative de la doctrine, par le décret n° 2011-48 du 13 janv. 2011. V. égal. N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016. 408, qui propose la création d'un dispositif procédural *ad hoc* permettant à un « juge spécialisé d'accomplir son office dans des délais compatibles avec les différents impératifs de liberté contractuelle, force obligatoire, adaptation aux circonstances économiques et protection de la partie la plus faible ».

B. L'importance du juge des référés

507. Face au mécanisme de la prérogative contractuelle, l'ordonnance de référé constitue une voie juridictionnelle cruciale. La célérité de la modification opérée par l'exercice de la prérogative suppose, pour le sujet passif, d'avoir une faculté tout aussi rapide de profiter du pouvoir de blocage du juge lorsque c'est nécessaire²⁴⁶¹. Juge de l'urgence, il renforce l'efficacité de la sanction de l'exercice des prérogatives : il est en mesure de faire obstacle à la modification avant que l'exercice irrégulier cristallise un préjudice pour le sujet passif. En l'état des ressources humaines et matérielles du service public de la justice, il faut insister sur l'importance de maintenir la possibilité du recours en référé pour les parties contractantes.

Le référé est un jugement provisoire conforme au principe du contradictoire, l'adversaire étant *a minima* appelé²⁴⁶². Il débouche sur une décision dont l'exécution est immédiate, en dépit de la saisine du juge du principal²⁴⁶³. Leurs rôles respectifs ne se confondent pas : le juge des référés ordonne des mesures, le juge du principal dit le droit²⁴⁶⁴. C'est que le référé constitue la réponse judiciaire à l'urgence²⁴⁶⁵. De ce fait, les règles de saisine du juge des référés sont spécifiques. L'urgence est de l'essence du référé²⁴⁶⁶, mais elle relève de ces notions

²⁴⁶¹ En ce sens, B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2000, n° 10, p. 21. Comp. J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *op. cit.*, p. 521, qui estime que « le contrôle de l'exercice d'un tel pouvoir semble donc bien constituer une question relevant du juge du fond », mais qui réserve cependant quelques hypothèses exceptionnelles. En pratique, le recours au juge des référés est de plus en plus fréquent, ce qui n'est pas sans poser problème. Un allongement de la durée des procédures se fait sentir, le détournement de la fonction du référé est crainte, V. V. « procédure de référé, le juge du provisoire et de l'urgence », *viepublique.fr*, extrait de N. BRACONNAY, *La justice et les institutions juridictionnelles*, La Documentation française, 3^e éd., 2019.

²⁴⁶² Art. 484 C. proc. civ.

²⁴⁶³ La saisine du juge du principal n'est pas obligatoire. En pratique, l'auteur de la saisine en référé introduit généralement une autre instance en principal. Néanmoins, il arrive qu'aucune des parties ne saisisse le juge du principal, chacune considérant qu'elle ne peut pas espérer mieux que la mesure ordonnée en référé. Celle-ci, bien que juridiquement provisoire, s'avère définitive dans les faits. V. J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 7^e éd., 2019, n° 399.

²⁴⁶⁴ J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 411 et s.

²⁴⁶⁵ L'ordonnance des référés n'est pas la seule à répondre à l'urgence. L'ordonnance sur requête partage ce trait en commun, et bien d'autres. La différence la plus notable entre les deux réside dans la procédure, contradictoire pour la première et non contradictoire pour la seconde. L'ordonnance sur requête est, à cet égard, exorbitante du droit commun du jugement : la situation commande de passer outre le principe du contradictoire, qui ôterait toute utilité à la procédure pour le défendeur. En particulier, mais pas seulement, elle peut être mobilisée lorsqu'un effet de surprise à l'encontre de l'adversaire du demandeur est nécessaire.

²⁴⁶⁶ Si la notion d'urgence n'apparaît pas dans l'article 835 C. pr. civ., les notions de « dommage imminent » et de « trouble manifestement illicite » lui sont liées. Ces cas « sont certainement solubles dans les "cas d'urgence" dont le juge des référés est traditionnellement saisi : n'y a-t-il pas toujours urgence à prévenir un dommage imminent ou à mettre fin au scandale que constitue un trouble manifestement illicite ? Du reste, le système des référés a bien fonctionné pendant quelques siècles sans connaître ce chef de saisine qui n'a été introduit en droit français que par un décret du 17 décembre 1973. Il ne s'agit donc pas d'une disposition essentielle, au sens où le

insaisissables *in abstracto*. Abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond²⁴⁶⁷, elle s'apprécie *in concreto* et connaît plus de manifestations que de raison²⁴⁶⁸. Conformément à l'article 834 du Code de procédure civile, l'urgence doit être couplée à l'absence d'une contestation sérieuse. Pour sa part, l'article 835 dispose que le juge peut être saisi en référé même en présence d'une contestation sérieuse pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

508. Dommage imminent et trouble manifestement illicite dans l'exercice d'une prérogative contractuelle. En matière contractuelle, le dommage imminent a souvent été caractérisé dans le cas des prérogatives d'extinction de la situation contractuelle. Par exemple, le juge des référés l'a caractérisé dans le cadre d'une prérogative de résiliation dont le délai de préavis était « manifestement insuffisant »²⁴⁶⁹, ou dans le cadre de la rupture sans préavis d'une ouverture de crédit²⁴⁷⁰. Le dommage imminent est également envisageable lorsqu'une prérogative de résolution ou de réduction du prix est mise en œuvre et contestée alors que la prestation porte sur des denrées périssables. Dans le même sens, quand le *potentior* d'une prérogative d'agrément pêche par son inaction, le dommage devient imminent si le sujet passif perd ses chances de trouver un cessionnaire²⁴⁷¹.

Une autre hypothèse envisagée par l'article 835 du Code de procédure civile se rapproche de la notion d'urgence : celle du trouble manifestement illicite. Selon Madame Guillemain, le caractère irréversible du dommage à venir justifie l'intervention du juge des référés²⁴⁷². Les modifications qui peuvent laisser craindre de graves conséquences économiques pour le sujet

référé n'existerait pas sans elle », V. N. CAYROL, « Référé civil – Saisine », *in Répert. proc. civ.*, Dalloz, mars 2016 (actu. janv. 2020), n° 369. V. égal. J. NORMAND, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », *in Mélanges P. Julien, La justice civile au vingt et unième siècle*, Edilalix, 2003, p. 295, spéc. n° 1.

²⁴⁶⁷ V. J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 409. Par ex. Cass. Civ. 2^e, 8 janv. 1992, *Bull. civ.* II, n° 10.

²⁴⁶⁸ V. P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil, op. cit.*, n° 271, p. 233 : cet auteur a entrepris une recherche théorique propre à caractériser l'urgence. Elle est conçue, dans cette étude, comme une menace à écarter, c'est-à-dire qu'un préjudice est encouru mais il est susceptible d'être refoulé ou diminué par une action immédiate.

²⁴⁶⁹ Cass. Com. 3 mai 2012, *op. cit.*

²⁴⁷⁰ Cass. Com. 14 fév. 1989, *op. cit.*

²⁴⁷¹ Pour des faits en ce sens, V. Cass. Civ. 3^e, 12 juil. 2018, *op. cit.* Cass. Com. 6 fév. 2019, *op. cit.* ; V. *supra* n° 377.

²⁴⁷² C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, préf. P. CONTE, PUAM, 2000, n° 49, p. 80 : le trouble au sens des référés « apparaît comme le précurseur d'une atteinte irréversible, qui peut être prévenue en employant des mesures d'urgence ». Comp. J. NORMAND, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », *op. cit.*, n° 6, p. 297 : « le trouble manifestement illicite, c'est le phénomène perturbateur déjà apparu, et la perturbation qui en est résultée, et qu'il convient de faire cesser ».

passif entrent dans ce schéma. Plus généralement, le trouble illicite recoupe « tout comportement traduisant un manquement général aux règles de droit, qu'il s'agisse d'une disposition légale ou réglementaire, d'une convention ou d'un usage »²⁴⁷³. Le caractère manifestement illicite du trouble n'empêche pas que la contestation soit sérieuse sur le fond du droit²⁴⁷⁴. De prime abord, cette affirmation maintes fois réitérée en jurisprudence semble absurde. L'illicéité manifeste empêcherait par définition la contestation sérieuse. Pourtant, si l'illicéité manifeste peut être le produit d'agissements en contradiction avec une norme applicable, elle peut également être « la conséquence de moyens employés par l'auteur du trouble pour faire valoir son droit »²⁴⁷⁵. Les deux hypothèses peuvent s'illustrer en matière de prérogatives contractuelles. Ainsi, l'exercice d'une prérogative de résolution tandis qu'aucun manquement grave ne peut être reproché au débiteur constitue un trouble manifestement illicite²⁴⁷⁶. Le trouble manifestement illicite qui résulte d'une voie de fait²⁴⁷⁷ a pu être caractérisé dans un cas d'espèce éloquent. Une clinique qui avait résilié son contrat avec un médecin gynécologue avec un préavis de six mois a, durant ce délai, annexé les lits du service du gynécologue au service d'urologie. De la sorte, ce médecin ne pouvait plus exercer son activité jusqu'à l'extinction effective du contrat, privant le délai de préavis de sa raison d'être²⁴⁷⁸. De même, le refus du *potentior* de se prononcer sur l'exercice de la clause d'agrément susceptible d'engendrer un dommage pour le sujet passif relève du trouble manifestement illicite par voie de fait. À cet égard, dommage imminent et trouble manifestement illicite ne sont pas toujours des notions exclusives l'une de l'autre. Dans le même sens, la Chambre commerciale a confirmé que la brutalité de la rupture des relations commerciales « constituait un trouble manifestement illicite et était de nature à causer [au sujet passif] un dommage imminent »²⁴⁷⁹. Un autre exemple peut être mentionné : dans cette espèce, un fournisseur a décidé unilatéralement d'augmenter ses tarifs de 30% en raison de la hausse du coût de la matière

²⁴⁷³ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, *op. cit.*, n° 507, p. 316.

²⁴⁷⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 15 oct. 1985, *Bull. civ.* I, n° 260. Cass. Com. 31 mai 2011, n° 10-13.541 ; *RTD civ.* 2011. 590, R. PERROT.

²⁴⁷⁵ C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, *op. cit.*, n° 439, p. 433.

²⁴⁷⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 29 mai 2011, n° 99-12. 478 ; *RTD civ.* 2001, p. 590, J. MESTRE et B. FAGES. V. aussi CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch., sect. B, 22 janv. 2004, n° 03/11873 : *Bull. Aix*, n° 2004-2, p. 56, L. WEILLER ; *RTD civ.* 2004. 508, J. MESTRE et B. FAGES. V. J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *op. cit.*, note 8.

²⁴⁷⁷ En ce sens, J. NORMAND, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », *op. cit.*, n° 25, p. 306. B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, *op. cit.*, n° 506, p. 315. La voie de fait est entendue largement comme « une exaction, un comportement s'écarter si ouvertement des règles générales, qu'il justifie de la part de celui qui en est victime, le recours immédiat à une procédure d'urgence », d'après *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²⁴⁷⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 8 déc. 1987, *op. cit.*

²⁴⁷⁹ Cass. Com. 10 nov. 2009, *op. cit.*

première sans qu'une prérogative lui soit conférée par le contrat pour ce faire. Face au refus de son cocontractant, le fournisseur résilie le contrat. Sur le fondement du trouble manifestement illicite, le juge des référés ordonne la poursuite du contrat aux conditions initialement fixées²⁴⁸⁰. Dommage probable, dommage imminent et trouble manifestement illicite sont donc des qualifications qu'il revient au juge des référés d'apprécier²⁴⁸¹. Elles se rapprochent en ce qu'elles permettent une intervention à titre préventif.

509. **L'absence de contestation sérieuse.** Quand le dommage est imminent ou que le trouble est manifestement illicite, nul besoin de s'assurer de l'absence de contestation sérieuse pour prescrire les mesures conservatoires ou de remise en l'état qui s'imposent. Quand le dommage est seulement probable, une seconde condition est exigée à titre cumulatif. En effet, le dommage peut avoir pour origine l'exercice légitime d'un droit. Pour cette raison, l'article 834 du Code de procédure civile exige que la mesure ne se heurte à aucune contestation sérieuse. L'absence de constatation sérieuse doit être criante, c'est-à-dire correspondre à un état qui ne fait naître aucun doute raisonnable dans l'esprit du juge²⁴⁸². Elle suppose une « solution évidente pour un juriste expérimenté »²⁴⁸³. Dans cette optique, la contestation de l'exercice d'une prérogative contractuelle en référé se simplifie. Sur le fondement de l'article 834 du Code de procédure civile, le sujet passif peut agir quand la violation d'une condition est incontestable. Par exemple, l'absence de mise en demeure nécessaire à la mise en œuvre de la prérogative²⁴⁸⁴ permet au juge de prendre en référé la mesure qui s'impose pour empêcher le *potentior* de se comporter comme si la modification opérée était efficace. La condition d'absence de contestation sérieuse est également conciliable avec la prétention du sujet passif fondée sur l'irrespect de la condition substantielle de bonne foi. En dépit de l'appréciation inévitable que suppose ce standard, le juge des référés peut être frappé par la force de l'évidence en matière de déloyauté. Il en irait ainsi de l'exercice d'une prérogative dans un but discriminatoire manifeste, par exemple. En revanche, le juge des référés ne peut pas

²⁴⁸⁰ CA Paris, 14^e ch. sect. A, 28 janv. 2009, n° 08-17/748 ; *RTD civ.* 2009, 529, B. FAGES.

²⁴⁸¹ N. CAYROL, « Référé civil – Saisine », *in Répert. proc. civ., op. cit.*, n° 375. En revanche, le contrôle de l'appréciation varie. L'urgence (ou le dommage probable) et le dommage imminent sont appréciés souverainement par le juge. Le trouble manifestement illicite est une notion de droit, sur laquelle la Cour de cassation exerce un contrôle, V. A. PERDRIAU, « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP G.* 1988.I.3365, spéc. n° 15-16 et n° 18. Sur le contrôle de l'appréciation du trouble manifestement illicite, V. Cass., Ass. plén., 28 juin 1996, *Bull. ass. plén.* n° 6.

²⁴⁸² J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 410.

²⁴⁸³ *Ibid.* Il revient au défendeur de l'action en référé d'établir que la prétention du demandeur s'oppose à une contestation sérieuse.

²⁴⁸⁴ V. *supra*, n° 416 et s.

ordonner la poursuite sous astreintes de la relation contractuelle régulièrement résiliée lorsque le dommage imminent n'est pas caractérisé²⁴⁸⁵.

510. **Les mesures du juge des référés.** Le juge des référés n'a pas à dire le droit. Il « peut ordonner, à titre de mesure, à peu près tout ce qu'on lui demande, pourvu qu'il joue le jeu du référé, c'est-à-dire qu'il n'affirme pas que le demandeur remplit toutes les conditions posées par le présumé de la règle de droit substantiel. Et le juge des référés doit également s'abstenir de proclamer de façon générale que le demandeur a un droit à bénéficier de l'effet juridique de la règle »²⁴⁸⁶. Par exemple, si le juge des référés suspecte un comportement déloyal du *potentior*, il ne peut pas pour autant en tirer toutes les conséquences que le sujet passif demande. C'est une appréciation de l'opportunité des mesures à prendre que le juge des référés est appelé à examiner²⁴⁸⁷. La mesure qu'il décide est provisoire ; le juge du principal n'est pas lié par sa décision²⁴⁸⁸. Lorsque les conditions d'application de l'article 834 du Code de procédure civile sont remplies, il n'est pas restreint dans les mesures qu'il peut ordonner. « La philosophie de ce système ne paraît pas puiser plus loin que dans la sagesse populaire : “Aux grands maux les grands remèdes” »²⁴⁸⁹. Faire, ne pas faire, ne rien faire, nomination d'un tiers, expulsion, délais et sursis sont parmi les plus courantes²⁴⁹⁰. Par exemple, l'inaction préjudiciable du *potentior* face à une clause d'agrément peut donner lieu à une astreinte visant à contraindre ce dernier à se prononcer, sans préjuger de la faute de déloyauté qu'il reviendra au juge du principal de caractériser et de sanctionner. Il en va autrement lorsque l'article 835 s'applique : le juge des référés ne dispose pas de la même latitude²⁴⁹¹. La disposition précise

²⁴⁸⁵ En ce sens, Cass. Com. 28 nov. 2006, n° 04-20.734 ; *RTD civ.* 2007. 345, J. MESTRE et B. FAGES. Pour un exemple de dommage imminent caractérisé qui justifie la poursuite du contrat résilié de façon régulière, V. Cass. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 286 ; *RTD civ.* 2001. 135, J. MESTRE et B. FAGES : en l'espèce l'imminence du dommage était propre aux faits de l'espèce. La société assurée était une société d'ingénierie informatique, or la dénonciation du contrat avait lieu peu de temps avant le passage à l'an 2000, La crainte des conséquences du « bug de l'an 2000 » sur les systèmes informatiques était donc de nature à permettre des mesures provisoires. Toutefois, la Cour de cassation casse partiellement l'arrêt d'appel en ce que la poursuite du contrat d'assurance avait été ordonnée « jusqu'à ce que la société puisse conclure un nouveau contrat d'assurance, sans fixer un terme certain à la mesure prononcée ».

²⁴⁸⁶ J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 411 et s.

²⁴⁸⁷ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat, op. cit.*, n° 55 et s., p. 51 et s. En conséquence, si l'urgence, le trouble manifestement illicite ou le dommage imminent ont disparu entre l'introduction de la demande et le jour où le juge des référés statue, il décide « à bon droit qu'il n'y a plus lieu à référé », par ex. Cass. Soc. 29 juin 1991, *Bull. civ.* V, n° 331.

²⁴⁸⁸ Art. 488 C. pr. civ. : « l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée ».

²⁴⁸⁹ N. CAYROL, « Référé civil – Instances », in *Répert. dr. civ., op. cit.*, n° 547-548.

²⁴⁹⁰ Certains textes prévoient de telles mesures de façon expresse. Par exemple, la clause résolutoire d'un bail commercial peut voir son effet suspendu par l'octroi de délai en vertu du second alinéa de l'article L. 145-41 du code de commerce.

²⁴⁹¹ Par ex. Cass. Com. 9 juin 2009, *Bull. civ.* IV, n° 76 : cassation d'un arrêt rendu en référé qui, sur le fondement de l'ancien article 809 du Code de procédure civile (nouvel article 835) ordonnait le transfert de l'enregistrement

que seules les mesures conservatoires (pour empêcher la réalisation du dommage imminent) ou de remise en état (pour remédier au trouble manifestement illicite) lui sont ouvertes²⁴⁹². Les mesures conservatoires ont trait à un autre dicton issu de la sagesse populaire : « Mieux vaut prévenir que guérir »²⁴⁹³. Leur dimension statique, destinée à geler le *statu quo*, les distingue des mesures de remise en état, permettant un retour au *statu quo ante*. Néanmoins, ces mesures ne se différencient pas, pour la plupart, au regard de leur nature. Mesures de suspension pour figer la situation avant la réalisation du péril et mesures d'injonction pour faire cesser le trouble fonctionnent en miroir. Un même résultat peut être le fruit de l'une ou l'autre selon le moment à laquelle la mesure est prononcée, à quelques exceptions près. La variété des mesures prononcées en matière de prérogatives contractuelles montre l'importance du recours au juge des référés dans ce domaine et l'étendue des solutions qui peuvent être trouvées.

Le séquestre est une de ces mesures. Envisagé comme un acte de précaution, il « réserve le droit » sans prendre parti. Par conséquent, les conflits entre propriétaires ou possesseurs s'en trouvent paralysés²⁴⁹⁴. Lorsque la prérogative modifie la répartition des droits sur une chose, mobilière ou immobilière, et que sa mise en œuvre est contestée, le séquestre apparaît comme une issue temporaire intéressante. Par exemple, la contestation de l'exercice de la prérogative de réméré dans la vente éponyme peut aboutir à un séquestre du bien vendu. L'exercice de la faculté de choix des obligations alternatives et facultatives peut également donner lieu à séquestre, de même qu'une partie du prix payé consécutivement à l'exercice de la prérogative de fixation du prix. La contestation de l'exercice d'une clause d'agrément ou d'un droit de préemption peut également engendrer le séquestre des titres sociaux litigieux. Il est encore possible de recourir au séquestre des restitutions consécutives à l'exercice d'une prérogative

d'un nom de domaine au bénéfice de la société demanderesse et au détriment de la société défenderesse alors qu'il ne s'agissait ni d'une mesure conservatoire, ni d'une mesure de remise en l'état.

²⁴⁹² Cette distribution des mesures ne s'infère pas de la lettre du texte mais de la logique, V. N. CAYROL, « Référé civil – Instances », *op. cit.*, n° 555. V. toutefois B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, *op. cit.*, par ex. n° 88, p. 72, ou n° 125 et s., p. 96 et s., et spéc. n° 528, p. 327, qui qualifie de « conservatoires » des mesures sollicitées pour remédier au trouble manifestement illicite et qui estime que le juge peut prendre des mesures conservatoire pour remédier au trouble manifestement illicite.

²⁴⁹³ En ce sens, C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1999, n° 1, p. 1 : « Certes, sous sa forme vulgaire, cette invite à la prévention n'a d'autre vertu que de dispenser à tout venant un conseil d'élémentaire prudence et de bonne économie domestique, hérité d'une expérience ancestrale. Mais, parée des atours du Droit savant, elle devient un véritable précepte juridique, auréolé de sagesse apophthégmatique ».

²⁴⁹⁴ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, *op. cit.*, n° 75 et s., p. 65 et s.

de résolution²⁴⁹⁵. Des mesures de suspensions sont également possibles. La suspension strictement conservatoire est bienvenue lorsque la question sur le fond du droit porte sur la validité de la prérogative. Soulevée à l'occasion de sa mise en œuvre, le juge du référé dispose de cette solution dans l'attente de la décision du juge du principal. Cette mesure prend également part au maintien forcé du contrat tant que son extinction n'est pas effective, en particulier lorsque le juge statue alors que le préavis n'est pas écoulé. Des « mesures de suspension par faveur »²⁴⁹⁶ sont elles aussi envisageables : le juge des référés peut accorder un délai de grâce relatif aux obligations nées de l'exercice d'une prérogative contesté au principal. Par exemple, la mise en œuvre d'une prérogative de fixation du prix critiquée par le cocontractant peut amener le juge à suspendre le paiement tant que l'affaire n'est pas réglée au fond. Le délai de préavis préalable à l'extinction unilatérale du contrat peut aussi être rallongé dans une telle situation. Par ailleurs, des mesures d'injonction sont souvent prises. Par exemple, l'extinction brutale de la situation contractuelle peut créer un trouble manifestement illicite face auquel le juge des référés ordonne le maintien forcé du contrat à titre de remise en l'état²⁴⁹⁷. Ces mesures d'injonction appliquées au contrat permettent en particulier d'ordonner le retour ou la continuation de l'exécution contractuelle dans les conditions initialement prévues²⁴⁹⁸. Le maintien forcé de la situation contractuelle par la paralysie d'une prérogative de rupture est le plus fréquent, mais d'autres prérogatives sont concernées. Dans le cas d'une modification brutale des tarifs et conditions d'un prestataire de service, le juge du provisoire a ordonné le maintien des prix et conditions initiaux sans se prononcer sur l'existence et l'efficacité de la prérogative exercée²⁴⁹⁹. Le juge peut également ordonner de cesser telle ou telle pratique manifestement illicite ou de rétablir le comportement adéquat. Le locataire qui entend céder son bail peut saisir le juge des référés pour mettre un frein à l'exercice manifestement discriminatoire de la clause d'agrément par le bailleur. Les mesures que le juge des référés peut ordonner sont donc nombreuses et protéiformes. Elles

²⁴⁹⁵ La jurisprudence a affirmé le caractère non limitatif de l'art. 1961 C. civ., en particulier pour le juge des référés. Par ex. Cass. Civ. 14 mars 1882, *S.* 1882.I.349 ; *D.* 1883.I.256. Cass. Civ. 2, 27 nov. 1963, *Bull. civ.* II, n° 772.

²⁴⁹⁶ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, *op. cit.*, n° 87 et s., p. 72 et s.

²⁴⁹⁷ Par ex. à propos d'une ouverture de crédit, Cass. Com. 3 déc. 1991, n° 90-13.714. V. aussi Cass. Com. 29 mai 2001, n° 99-12.478, *op. cit.* CA Aix-en Provence, 1^{re} ch. B, 22 janv. 2004, *op. cit.* V. S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation des contrats à durée déterminée », *op. cit.*, spéc. n° 33 et s.

²⁴⁹⁸ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, *op. cit.*, n° 134 et s., p. 97 et s.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*, V. CA Versailles, 4 déc. 1997, n° 5645, *K. Disc/La Poste*. V. égal. Cass. Com. 26 fév. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 87, pour le retour forcé aux conditions initiales d'exécution bien que le droit litigieux soit sans rapport avec une prérogative contractuelle.

mettent en lumière l'importance de son rôle, qui octroie une protection rapide au sujet passif. Le *potentior* peut également avoir recours à lui pour assurer l'efficacité de son droit.

511. **L'efficacité de la prérogative assurée par les mesures en référé.** Le référé a été traité jusqu'à présent comme moyen offert au sujet passif pour faire obstacle à l'exercice contestable de la prérogative contractuelle. Il peut également servir au *potentior* soucieux de garantir l'effectivité de son droit régulièrement exercé. L'article 834 du Code de procédure civile sert d'arme de prédilection face au sujet passif qui refuse de se soumettre à la force obligatoire de la modification régulièrement opérée. Il faut pour cela que la mise en œuvre de sa prérogative ne soit pas sérieusement contestable. L'urgence qu'il peut alors invoquer ne nécessite pas de dommage imminent mais seulement un préjudice probable. Par exemple le locataire qui se maintient dans les lieux en dépit de l'exercice régulier de la clause résolutoire peut faire l'objet d'une action en référé si le bailleur entend conclure un nouveau bail, vendre le local ou l'occuper lui-même. Le trouble de fait manifestement illicite pourrait aussi être mobilisé dans ce cas, mais l'article 834 a l'avantage de permettre de nombreuses mesures, par exemple une mesure d'expulsion²⁵⁰⁰. En outre, le référé provision de l'article 835, alinéa 2, du Code de procédure civile peut être utile au *potentior* pour les obligations nées de l'exercice de sa prérogative. Par exemple, le paiement du prix fixé par le créancier peut être ordonné ou faire *a minima* l'objet d'une provision s'il n'est pas sérieusement contestable. Le référé n'est pas à l'usage exclusif du sujet passif ; le *potentior* peut s'en servir pour garantir la réalisation de sa prérogative.

512. **Conclusion de la section.** La sanction de l'exercice irrégulier d'une prérogative est le fruit de sa critique en justice. L'intérêt à agir n'appartient pas à tout un chacun : seul le sujet passif destinataire de la décision est à même de s'élever contre. Elle est subordonnée aux clauses que les parties ont stipulées à cet effet. Plus généralement, les clauses de différends sont applicables même en cas d'extinction rétroactive de la situation contractuelle. L'étude de la contestation de la mise en œuvre des prérogatives a mis en lumière la répartition des champs d'intervention du juge des référés et du juge du fond. Pour sa part, le juge des référés se révèle essentiel afin de faire obstacle à la réalisation illicite des prérogatives. En outre, la fonction judiciaire est affinée : le prononcé de la modification n'appartient plus au juge du fond – si tant est qu'elle lui appartenait avant, ce qui correspond à un nombre minoritaire de

²⁵⁰⁰ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le juge des référés et le contrat*, op. cit., n° 469 et s., p. 293 et s.

prérogatives de sanction. Ses interventions systématiques sont supprimées au profit des interventions opportunes. Le contrôle des conditions qui déclenche la réalisation de la prérogative reste, en revanche, en ses pleins pouvoirs. Lorsqu'il observe un manquement du *potentior*, c'est à lui qu'il revient de prononcer la sanction. Des exceptions existent cependant, qui mènent *in fine* à la suppression des sanctions.

Section 2. L'exclusion du droit de critique

513. La sanction peut être écartée au profit de l'efficacité de l'exercice de la prérogative. Sa mise en œuvre irrégulière aboutit à une modification valable sur la situation contractuelle. Plusieurs causes peuvent être envisagées à cela, qui engendrent la perte du droit de dénoncer l'exercice irrégulier (§1). Même lorsque tel n'est pas le cas, l'absence de préjudice lié à l'irrégularité peut empêcher la nullité. C'est par une application extensive de la règle procédurale « pas de nullité sans grief » que l'efficacité de l'exercice est alors prononcée (§2).

§1. Perte du droit de dénoncer l'irrégularité

514. La perte du droit d'invoquer l'irrégularité de l'exercice de la prérogative contractuelle peut se déduire de différents facteurs. En tant qu'acte unilatéral dont une condition de validité faite défaut, l'exercice irrégulier de la prérogative peut être confirmé. De la sorte, le sujet passif renonce à son droit d'action. Le droit de critiquer l'exercice de la prérogative est, en outre, soumis à la prescription de droit commun. La modification est efficace parce qu'elle n'est pas contestée en temps voulu (A). La perte du droit de critiquer l'exercice de la prérogative peut également découler de la suppression de l'irrégularité. Celle-ci est opérée par le *potentior*. Parce que la neutralisation de la prérogative concerne l'acte d'exercice du droit et non son existence, il est admis à agir en régularisation et en réfection de l'exercice (B).

A. La disparition du droit de critique

515. Le sujet passif peut renoncer au droit de critiquer l'irrégularité. Ce faisant, il admet l'efficacité de la modification et s'abstient de réclamer une sanction. Cet acte abdicatif est une confirmation de l'exercice irrégulier (1). Par ailleurs, le droit de critique est soumis à la prescription extinctive, de sorte qu'il peut être perdu par l'effet du temps (2).

1) L'exercice irrégulier confirmé

516. Conditions et domaine de la confirmation de l'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle. La confirmation est envisagée par le Code civil à l'article 1182. Liée à la nullité du contrat, elle peut être étendue à l'exercice de la prérogative contractuelle. En tant qu'acte unilatéral, cet exercice est soumis aux règles qui gouvernent les contrats en vertu l'article 1100-1, alinéa 2. Aux termes du premier alinéa de l'article 1182, la confirmation est « l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce ». Par-delà la sanction de nullité, il s'agit de renoncer à agir contre le vice qui compromet l'efficacité de l'acte. Appliquée à l'exercice de la prérogative, la confirmation revient à passer outre la violation d'une condition de l'acte unilatéral qu'est sa mise en œuvre pour lui reconnaître ses effets²⁵⁰¹. La confirmation ne s'analyse donc pas comme un acte permettant de réparer le vice mais comme une renonciation au droit d'agir sur le fondement du vice. L'acte reste irrégulier ; la confirmation supprime le droit de le critiquer²⁵⁰². *Rationae personae*, la confirmation est ouverte aux seuls sujets qui bénéficient du droit de contester l'acte juridique. À cet égard, la nullité absolue est exclue du domaine de la confirmation²⁵⁰³. Elle doit émaner de la victime du vice, c'est-à-dire celle dont l'intérêt est protégé par l'action en contestation. Dans les actes juridiques plurilatéraux, le confirmant est le cocontractant victime du vice²⁵⁰⁴. Il s'ensuit que, *rationae materiae*, tous les vices sanctionnés par une nullité relative sont susceptibles d'être confirmés. Dans les actes juridiques unilatéraux, le confirmant est le destinataire de l'acte. Il a été établi que le sujet passif, et lui seul, était recevable à agir contre l'exercice de la prérogative²⁵⁰⁵. En conséquence, il est apte à le confirmer, c'est-à-dire qu'il renonce à son droit de critiquer l'acte dont l'une des conditions fait défaut. L'action en contestation de l'exercice de la prérogative n'appartient qu'à lui. La confirmation est réalisée par le sujet passif conséquemment au constat d'une irrégularité dans sa mise en œuvre dont il

²⁵⁰¹ Sur la sanction de nullité de l'exercice consécutive au manquement aux conditions de mise en œuvre de la prérogative, V. *supra* n° 458 et s.

²⁵⁰² Sur ce fondement, la qualification de la confirmation comme prérogative contractuelle a été rejetée. V. *supra* n° 184.

²⁵⁰³ La règle est de jurisprudence constante. V. Cass. Civ. 1^{re}, 26 déc. 1960, *Bull. civ.* I, n° 265.

²⁵⁰⁴ Dans la mesure où la confirmation n'est possible qu'à l'endroit des nullités relatives, rares sont les hypothèses dans lesquelles l'action en confirmation d'un tiers est possible. Toutefois, il est des cas où le tiers au contrat constitue le sujet dont l'intérêt est protégé par la nullité relative. Sa confirmation est alors valable. Par exemple, l'action en nullité du contrat de cession sur le fondement de l'article 1597 C. civ. est ouverte tant au cédant qu'au débiteur cédé, tiers au contrat (V. Cass. Civ. 3^e, 15 mai 1991, *Bull. civ.* III, n° 146 ; *RTD civ.* 1992. 406, P.-Y. GAUTIER). De même, l'action en nullité du contrat de bail concédé par l'usufruitier, sur le fondement de l'article 595 C. civ. est ouverte au nu-propriétaire, tiers au contrat de bail. V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 406-407.

²⁵⁰⁵ V. *supra*, n° 489 et s.

n'entend pas se prévaloir²⁵⁰⁶. Il n'y a pas de raison de distinguer entre les conditions d'exercice. Toutes peuvent faire l'objet d'une confirmation, car toutes ont pour objet la sauvegarde de l'intérêt privé du sujet passif. La bonne foi, fût-elle d'ordre public en vertu de l'article 1103 alinéa 2 du Code civil, n'échappe pas à cette caractéristique : l'ordre public mobilisé est destiné à la protection d'un intérêt particulier. Par exemple, la confirmation peut intervenir lorsque le *potentior* exerce avec brutalité sa prérogative de rupture. De même, elle peut avoir lieu quand sa mise en œuvre poursuit une finalité prohibée²⁵⁰⁷. Si la « clause de discrétionnarité » doit être réputée non écrite²⁵⁰⁸, rien n'empêche le sujet passif de souscrire à la mise en œuvre déloyale de la prérogative *a posteriori*. L'exercice fait en violation d'une condition formelle peut également être confirmé. Par exemple, l'irrespect du délai de préavis ou l'absence de notification peut être confirmé. L'ensemble des conditions d'exercice protège l'intérêt spécifique du destinataire de la prérogative, qui peut donc renoncer à contester leur manquement. En cas de « sujétion conjonctive », c'est-à-dire d'une partie plurale installée dans la position du sujet passif de la prérogative²⁵⁰⁹, le troisième alinéa de l'article 1181 s'applique. Il indique que la renonciation à l'action en nullité est personnelle. Ce faisant, la confirmation de l'un n'empêche pas les autres d'agir. Dans tous les cas, la confirmation doit être faite en connaissance de cause. Pour être efficace, elle requiert la connaissance du vice l'intention de ne pas s'en prévaloir²⁵¹⁰.

517. Régime de la confirmation de l'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle. Par transposition de l'article 1182 du Code civil, la confirmation de l'exercice irrégulier de la prérogative ne peut pas intervenir par avance. Si l'irrégularité porte sur la loyauté de l'exercice, la confirmation de l'exercice est possible lorsque la modification a lieu. Si l'irrégularité porte sur une condition formelle, le dépassement du droit qu'elle engendre empêche théoriquement la modification d'accéder au contenu contractuel. Dans ce cas, il est préférable de se référer à l'enclenchement du processus décisionnel pour déterminer le moment qui rend valable la confirmation²⁵¹¹. En effet, attendre la notification définitive de

²⁵⁰⁶ Dans le même sens, l'action interrogatoire ouverte par l'article 1183 C. civ., bien que circonscrite par sa lettre au seul contrat, pourrait être appliquée à la confirmation de l'exercice irrégulier de la prérogative

²⁵⁰⁷ V. cependant le cas réservé de la poursuite d'une finalité sanctionnée par la nullité absolue. V. *supra*, n° 463.

²⁵⁰⁸ V. *supra*, n° 403.

²⁵⁰⁹ Sur la titularité conjonctive de la prérogative, V. *supra*, n° 322 et s.

²⁵¹⁰ Rappr. Cass. Civ. 3^e, 2 juil. 2008, *Bull. civ.* III, n° 120 : « la confirmation d'un acte nul exige à la fois la connaissance du vice l'affectant et l'intention de le réparer » ; *RTD civ.* 2008. 675, B. FAGES.

²⁵¹¹ Le processus décisionnel se définit comme le temps préalable à la réalisation de la modification dans le contenu contractuel de la prérogative durant lequel le *potentior* informe le sujet passif de l'exercice à venir, certain ou éventuel, de la prérogative.

l'exercice pour donner une efficacité à la confirmation aboutir à une aporie si l'irrégularité porte justement sur la notification, en particulier dans le cas de son omission. Le manquement à l'exigence de notification définitive empêcherait toute confirmation. Cela revient à rendre efficace la confirmation à partir du moment où le *potentior* se comporte comme si l'exercice avait été régulièrement effectué.

La confirmation peut être expresse ou tacite. Expresse, la loi exige que l'acte « mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat »²⁵¹², ce qui se traduit par la désignation de la prérogative contractuelle exercée et celle de l'irrégularité qui l'entache. La règle, établie afin d'éviter toute confusion, se révèle d'une grande utilité eu égard à la multiplication des prérogatives contractuelles dans le contrat, dont on sait qu'elles peuvent se superposer les unes aux autres²⁵¹³. La confirmation peut également se déduire du comportement du sujet passif. Elle résulte de « toute manière d'agir qui révèle l'intention de renoncer à invoquer la nullité : spécialement, comme l'indique [l'article 1182 alinéa 3] de *l'exécution volontaire* du contrat »²⁵¹⁴. De la même manière, le comportement volontaire du sujet passif qui exprime sa volonté de se conformer à la modification réalisée par l'exercice de la prérogative et à ses conséquences en connaissance de l'irrégularité vaut confirmation tacite. En cas de litige, le caractère volontaire de son attitude doit être prouvée par le *potentior*²⁵¹⁵. Une fois cette preuve rapportée, elle doit s'ajouter à des actes d'exécution du contrat par le sujet passif qui prennent en compte la modification réalisée. L'intention du sujet passif de renoncer à son droit de critique est alors simplement présumée²⁵¹⁶. Ce dernier, agissant dans le respect de la modification créée par l'exercice irrégulier et en connaissance de cause, peut se voir opposer la confirmation tacite par le *potentior*.

518. Effets de la confirmation. La confirmation de l'acte entraîne rétroactivement la disparition du droit d'en critiquer l'irrégularité. Les effets de l'exercice de la prérogative, passés et futurs par rapport à la confirmation, sont juridiquement efficaces. En particulier, la

²⁵¹² Sur ce point, l'article 1182 C. civ. reprend les solutions de l'ancien art. 1338 C. civ. Selon la jurisprudence, l'exigence de mentions était *ad probationem*. V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, op. cit., n° 343. V. égal. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit., n° 46, p. 32.

²⁵¹³ V. Par ex. Cass. Com., 7 oct. 2014, op. cit.

²⁵¹⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, op. cit., n° 343.

²⁵¹⁵ *Ibid.*

²⁵¹⁶ *Ibid.*

confirmation est rétroactive. Le sujet passif ne peut plus les contester une fois la confirmation réalisée²⁵¹⁷. En revanche, les droits des tiers sont sauvegardés. La confirmation leur est inopposable si elle contrevient à leurs droits. En ce sens, la confirmation a un effet relatif²⁵¹⁸. Un exemple permet de mieux saisir cette hypothèse dans le domaine des prérogatives contractuelles. Le *potentior* d'un droit d'option stipulé dans une promesse unilatérale de vente exerce son droit en dehors du délai d'exercice qui lui était accordé. Le sujet passif, promettant, décide de confirmer la levée d'option bien qu'il ait depuis vendu le bien à un tiers. Ce dernier, ayant-cause à titre particulier du sujet passif confirmant, devrait voir sa vente annulée en tant que vente de la chose d'autrui. Son effet relatif permet cependant de contourner cette difficulté. Le tiers peut invoquer l'inopposabilité de la confirmation de la levée d'option. Sa situation est imperméable à la confirmation du sujet passif.

Outre par une confirmation, le droit d'agir contre l'exercice irrégulier de la prérogative peut être perdu par l'écoulement du temps.

2) La prescription du droit de critique

519. L'action en contestation de l'exercice irrégulier de la prérogative contractuelle. Si les prérogatives contractuelles ne sont pas soumises à la prescription²⁵¹⁹, les droits et actions qui en découlent, eux, ne le sont pas. En particulier, le droit de dénoncer la mise en œuvre défectueuse de la prérogative s'analyse comme une action personnelle soumise, par conséquent, à l'article 2224 du Code civil. La prérogative contractuelle n'est ni un droit de créance ni un droit réel. C'est un droit potestatif. Parce qu'il est extra-actif, il constitue un lien entre deux sujets de droits. Il ne porte pas sur une chose, donc, mais agit sur un rapport de droit. Ainsi, le sujet passif dispose de cinq années pour agir en contestation de l'exercice irrégulier de la prérogative à compter du jour où il a connu ou aurait dû connaître

²⁵¹⁷ Le confirmant perd l'ensemble de ses droits de critiques relatifs à l'irrégularité, par exemple l'action en dommages-intérêts. Une lecture *a contrario* de l'art. 1156 C. civ. pourrait laisser penser le contraire, puisque l'alinéa 3 de la disposition énonce que « l'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié ». Ainsi, l'action en dommages-intérêts resterait possible. Pourtant, la jurisprudence décide au visa de l'art. 1998 C. civ. que l'effet de la ratification emporte approbation de la gestion du mandataire de sorte que le mandant ne dispose d'aucun recours contre celui-ci : Cass. Civ. 3^e, 12 mai 2010, *Bull. civ.* III, n° 92 ; *RTD com.* 2011. 167, B. BOULOC.

²⁵¹⁸ La solution est affirmée à l'art. 1182, al. 5 C. civ. Dans le même sens précédemment, G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, *loc. cit.*, n° 48 et s., p. 34 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, *L'acte juridique*, *loc. cit.*, n° 349.

²⁵¹⁹ V. *supra*, n° 86.

l'irrégularité de l'exercice. Passé ce délai, la mise en œuvre de la prérogative, même affectée d'un vice, est considérée comme valable.

Par-delà la disparition du droit de critique, la disparition de l'irrégularité permet elle aussi de supprimer le droit de contester l'exercice de la prérogative, de sorte qu'il retrouve son efficacité par un autre truchement.

B. La disparition de l'irrégularité

520. Le *potentior* a la possibilité de réparer le vice qui entache l'exercice de sa prérogative contractuelle. Sous certaines conditions la régularisation est une voie ouverte par le droit positif pour lui permettre de corriger l'exercice initial (1). En outre, la réfection est un mécanisme qui permet de museler l'irrégularité, par la substitution d'une mise œuvre régulière à une mise en œuvre irrégulière (2).

1) *L'exercice irrégulier régularisé*

521. **Analyses de la régularisation.** La régularisation est définie dans le *Vocabulaire juridique* comme « l'action de purger un acte ou une situation d'un vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste en la suppression de l'imperfection qui l'affecte, ou en l'accomplissement de la formalité adéquate »²⁵²⁰. Bien qu'elle fasse l'objet d'applications légales ponctuelles²⁵²¹, la régularisation ne bénéficie pas d'une disposition qui lui est propre, contrairement à la confirmation. Les analyses doctrinales de cette technique permettent d'appréhender son essence. Trois propositions ont été formulées à cet égard²⁵²². Selon l'analyse majoritaire, explicitée par Monsieur Dupeyron, la régularisation purge l'acte en gommant l'irrégularité initiale. De cette suppression découle la disparition du droit de critique²⁵²³. Néanmoins, objecte Monsieur François, cette opinion conduit à créer une

²⁵²⁰ V. « Régularisation », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

²⁵²¹ V. par ex. Art. 1681 C. civ. à propos de l'option ouverte à l'acquéreur lésionnaire. La jurisprudence a pour sa part admis l'efficacité de la régularisation de la lettre de change, CA Paris, 5 juil. 1952, *S.* 1952.II.7139, R. CABRILLAC. V. C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 126 et s., p. 97 et s.

²⁵²² V. not. C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace...*, *op. cit.*, n° 282 et s., p. 173 et s.

²⁵²³ C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, *op. cit.*, par ex. n° 25, p. 15.

rétroactivité « à géométrie variable »²⁵²⁴. En principe, la régularisation valide rétroactivement l'acte irrégulier. Pourtant, la responsabilité de son auteur est toujours susceptible d'être engagée en cas de dommages causés par l'irrégularité²⁵²⁵. Monsieur Martin de la Moutte a, pour sa part, soutenu une analyse fondée sur la formation progressive de l'acte régulier. Il est le produit de l'association de l'acte irrégulier originel et de l'acte de régularisation²⁵²⁶. Toutefois, l'effet rétroactif de la régularisation empêche de retenir cette théorie²⁵²⁷. Plus récemment Monsieur François a proposé une analyse calquée sur les effets de la confirmation. Selon lui, la régularisation agit sur le droit de critique de l'irrégularité mais ne corrige pas l'irrégularité. Elle vient, ainsi, « consolider *erga omnes* les effets juridiques aussi bien passés que futurs de l'acte [irrégulier initial] en neutralisant pour l'avenir tout exercice du droit de critique »²⁵²⁸. Cette analyse a l'avantage de conjuguer les deux principaux effets de la régularisation. Cependant, elle n'emporte pas la conviction lorsque l'auteur de la régularisation n'est pas le détenteur du droit de critique mais l'auteur de l'acte irrégulier. La confirmation s'analyse comme un acte abdicatif de renonciation au droit de critique réalisé par celui qui le détient. En revanche, il est moins évident d'admettre que la régularisation éteigne par effet direct le droit de critique d'autrui, en particulier celui du sujet qui subit l'irrégularité. Or, c'est précisément cet aspect qui confère un intérêt à la régularisation par rapport à la confirmation. Dans le domaine des prérogatives contractuelles, c'est le *potentior* qui agit pour régulariser son acte. La nature de la régularisation peine donc à être saisie. L'analyse selon laquelle elle a pour objet de supprimer l'irrégularité est la plus adéquate, en dépit des objections qu'on peut lui opposer. La rétroactivité n'est pas un état de l'acte mais une fiction qui autorise certains arrangements car toute fiction est une négation de la réalité. Elle est admissible dans la mesure où elle agit sur le défaut de l'acte mais pas sur les éventuels dommages qui sont nés antérieurement.

522. Les conditions de la régularisation. La spécificité de la régularisation réside dans l'indétermination de son auteur. Elle peut être réalisée par le détenteur du droit de critiquer l'acte vicié mais sa différence avec la confirmation n'est plus que théorique. Son intérêt procède de ce qu'elle peut émaner de l'auteur de l'irrégularité, ce qui lui confère son

²⁵²⁴ C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace...*, *op. cit.*, n° 286, p. 176.

²⁵²⁵ C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, *op. cit.*, n° 332, p. 232, note 2. Par exemple, il serait surprenant que les juges rejettent l'action en responsabilité de l'acquéreur victime de la lésion après que le vendeur a régularisé la vente sur le fondement de l'article 1681 C. civ. lorsqu'un préjudice en a découlé.

²⁵²⁶ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral...*, *op. cit.*, n° 121, p. 118.

²⁵²⁷ C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace...*, *op. cit.*, n° 284, p. 174.

²⁵²⁸ C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace...*, *op. cit.*, n° 287, p. 176.

autonomie²⁵²⁹. Le *potentior* est recevable à régulariser l'exercice de sa prérogative sous réserve d'en respecter les conditions. Comme dans la confirmation, il faut une irrégularité originelle. Pour la régularisation, elle doit pouvoir être réparée sans l'intervention du sujet passif, or toutes les irrégularités ne peuvent pas être réparées par le *potentior*. D'abord, le manquement aux conditions de validité et d'existence de la prérogative ne peut être pallié par la seule intervention du *potentior*. Par exemple, si la clause résolutoire ne mentionne pas les inexécutions susceptibles d'entraîner sa mise en œuvre, son exercice est défectueux sans que le créancier ne puisse rien faire pour y remédier. Seule la confirmation, laissée aux mains du sujet passif, lui permet de renoncer à son droit de critique. Ensuite, certains manquements aux conditions d'exercice sont incorrigibles. Par exemple, il est impossible de revenir sur le dépassement du délai d'exercice : le temps perdu ne se rattrape plus. La régularisation, comme procédé de réparation du vice, appartient au *potentior* qui n'a pas les pleins pouvoirs en la matière.

523. La protection du sujet passif face au risque de régularisation. Le maintien de l'action en responsabilité malgré la régularisation est une limite bienvenue. Elle est garante des intérêts du sujet passif. La régularisation permet de faire produire à la prérogative contractuelle son effet de façon rétroactive tout en autorisant une réparation par équivalent en cas de préjudice né de l'irrégularité. Par exemple, la notification de la résolution sans motivation manque aux exigences procédurales de l'article 1226 du Code civil. L'envoi ultérieur des motivations au sujet passif à titre de régularisation permettrait de faire produire à la résolution ses effets au jour de la réception de la notification. Cependant, le sujet passif peut arguer d'un préjudice issu de sa croyance que la résolution était inefficace compte tenu du vice qui l'affectait. La prérogative de fixation unilatérale du prix pourrait dans un premier temps être exercée de manière abusive mais être régularisée ensuite par une baisse du montant fixé. Là encore, la mise en œuvre de la prérogative devrait pouvoir être rétroactivement efficace, sans atteinte au droit d'action en réparation du sujet passif eu égard au préjudice causé par la faute d'abus initiale. Il est d'autres cas, en revanche, où l'irrégularité est telle que

²⁵²⁹ En ce sens, C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, op. cit., n° 123, p. 95 : « la consolidation de l'acte s'effectue hors de toute manifestation de volonté du titulaire de l'action en nullité ». Un exemple de régularisation explicitement prévue par la loi est celui que tient l'acquéreur de l'article 1681 du Code civil. Ce dernier peut en effet, pour éviter la rescision pour lésion, choisir de payer le supplément du juste prix. Cependant, les juges peuvent écarter, comme sans effet libératoire, les offres de paiement du juste prix s'ils en constatent l'insuffisance, V. Cass. Civ. 3^e, 17 mars 1976, *Bull. civ.* III, n° 128. Cass. Civ. 3^e, 4 déc. 2002, n° 00-21.205 ; *RTD civ.* 2003. 519, P.-Y. GAUTIER. Un autre exemple de régularisation est celui de la vente de la chose d'autrui, lorsque le vendeur *a non domino* acquiert *a posteriori* la propriété du bien vendu du *verus dominus*. C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, op. cit., n° 77 et s., p. 57 et s.

le *potentior* n'a pas intérêt à régulariser au vu du préjudice causé et de l'importance des dommages-intérêts qui peuvent en découler. Ainsi, l'omission de la mise en demeure dans la procédure d'exercice d'une prérogative de résolution ne met pas le débiteur-sujet passif en situation de s'exécuter. Cette irrégularité lui cause un dommage tel qu'il est préférable pour le *potentior* d'admettre l'inefficacité de la mise en œuvre²⁵³⁰ et, si c'est encore possible, de réaliser une réfection²⁵³¹. Une autre hypothèse illustre le propos. Le bénéficiaire d'une prérogative de rétractation la met en œuvre dans le délai imparti mais de telle sorte qu'un vice entache son exercice. Postérieurement à l'écoulement du délai, le *potentior* régularise l'exercice de sa prérogative, si bien que sa mise en œuvre est efficace. Aussi, le contrat est rétroactivement anéanti. Toutefois, le sujet passif est en droit de demander des dommages-intérêts équivalents aux gains qu'il aurait dû tirer de la continuité du contrat. En effet, celui-ci a légitimement pu considérer que le contrat était définitivement consolidé en raison de l'exercice défectueux de la rétractation. L'action en vue d'obtenir des dommages-intérêts dispose donc d'une fonction réparatrice mais aussi d'une fonction comminatoire, qui empêche le *potentior* de régulariser impunément des prérogatives dont la mise en œuvre était défectueuse.

Il faut s'interroger sur la nécessité d'assortir une limite temporelle à la régularisation. Permettre qu'elle intervienne à tout moment met le sujet passif dans une situation d'instabilité. Ce dernier ne sait pas si le *potentior* va régulariser l'exercice de sa prérogative ou laisser perdurer l'irrégularité. Il importe de limiter l'incertitude que la régularisation véhicule. Une telle limite existe à propos de l'option ouverte à l'acquéreur lésionnaire. Celui-ci peut décider de la régularisation de la vente jusqu'à l'exécution de la décision qui admet la lésion²⁵³². Transposer cette solution aux prérogatives contractuelles n'est pas adapté, cependant. La régularisation des actes juridiques bilatéraux a vocation à assurer la pérennité des liens

²⁵³⁰ Rappr. Cass. Com. 15 nov. 2011, n° 10-27.838 ; T. GENICON, « Sanction de la violation de la procédure contractuelle de résiliation », *op. cit.* En l'espèce, un fabricant de téléphones portables entend résoudre son contrat de licence avec un distributeur, ce dernier ayant manqué à ses obligations contractuelles. En dépit du délai de préavis de 15 jours stipulé dans le contrat, le fabricant résilie avec effet immédiat. La Cour de cassation censure les juges du fond pour avoir considéré que le préjudice du distributeur correspondait à la marge qu'il aurait faite durant ces 15 jours si le délai de préavis avait été respecté. La Cour de cassation rappelle à l'ordre les juges d'appels : « en statuant ainsi, alors qu'il résultait des stipulations contractuelles que [le fournisseur] devait impartir [au distributeur] un délai de quinze jours pour lui permettre d'exécuter ses obligations et faire ainsi obstacle à la résiliation, la cour d'appel, qui a constaté que [le fournisseur] avait résilié le contrat immédiatement, privant ainsi [le distributeur] de la faculté de régularisation dont elle bénéficiait, de sorte que la résiliation était irrégulière et non prématurée ».

²⁵³¹ V. *infra*, n° 524 et s.

²⁵³² Cass. Civ. 3^e, 15 oct. 1970, n° 69-11.352.

contractuels voulus par les parties. Il n'en va pas de même pour les actes juridiques unilatéraux. La régularisation doit permettre au *potentior* de corriger rapidement des erreurs afin d'éviter qu'il ait à recommencer la procédure d'exercice dans sa totalité lorsque c'est inutile²⁵³³. Elle n'est pas destinée à lui fournir un outil pour miser sur l'éventualité d'une régularisation ultérieure au cas où la situation tournerait à son avantage. Il faut donc s'assurer qu'elle ne desserve pas le sujet passif en le plongeant dans une situation d'insécurité prolongée. La contestation de l'efficacité de l'exercice par le sujet passif constitue une limite pertinente, à partir de laquelle il n'est plus temps d'en régulariser la mise en œuvre. De la sorte, on considère que l'exercice du droit de critique consolide l'irrégularité. Elle ne peut plus, alors, être supprimée. Cette contestation devrait pouvoir être extrajudiciaire c'est-à-dire privée, au sens de la contestation évoquée par les articles 1164 et 1165 du Code civil. Il n'est pas nécessaire qu'une action en justice soit entamée. En effet, puisque nombre de prérogatives contractuelles déjudiciarisent les rapports contractuels, il paraît légitime d'admettre la contestation extrajudiciaire de façon corollaire. La stipulation de prérogatives contractuelles par les parties exprime un besoin d'adaptation qui, dans beaucoup de cas, nécessite de la célérité et postule la volonté d'éviter un recours systématique au juge. La contestation de l'exercice de la prérogative contractuelle par le sujet passif doit pouvoir répondre aux mêmes attentes. Par conséquent, le sujet passif qui conteste l'exercice de la prérogative auprès du *potentior* l'empêche de procéder à une régularisation. L'exercice est considéré par le droit positif comme irrégulier de façon définitive. Dès lors, deux cas de figure se présentent. La prérogative est perdue si le délai pour l'exercer est écoulé. Dans l'autre cas, le *potentior* pourra procéder à une réfection de l'exercice de la prérogative²⁵³⁴.

²⁵³³ Sur l'intérêt à admettre la régularisation, V. C. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, op. cit., n° 4, p. 2.

²⁵³⁴ Un arrêt isolé a semblé imposer à la charge du sujet passif professionnel une obligation de contestation, V. Cass. Civ. 3^e, 5 nov. 2003, *Bull. civ.* III, n° 189 ; V. J. MESTRE, « Rupture abusive et maintien du contrat », op. cit., spéc. p. 101. En l'espèce, un locataire commercial qui entendait donner congé n'avait pas respecté les formalités prescrites pour ce faire. Le bailleur, professionnel de l'immobilier, se garde d'attirer son attention sur l'irrégularité. Les juges du fond, approuvés par le Cour de cassation, retiennent la responsabilité du bailleur, en considérant que si ce dernier avait signalé l'irrégularité, le locataire aurait encore disposé d'un délai de 2 mois pour adresser un congé régulier. Le bailleur voit sa responsabilité engagée, et le préjudice du locataire est évalué au montant des loyers dont il était redevable compte-tenu de la continuation du contrat. Ainsi, la contestation aurait dû permettre au *potentior* une réfection de l'exercice de sa prérogative, et la qualité de professionnel du bailleur, sujet passif, lui imposait de signaler l'irrégularité. Si la solution peut être adaptée aux faits de l'espèce, nous ne sommes toutefois pas convaincus de la pertinence de sa systématisation. Elle pourrait s'avérer redondante, face au formalisme informatif que le sujet passif professionnel doit communiquer au *potentior* considéré comme la partie faible du contrat pour l'ensemble des prérogatives accordées par la loi, en particulier en matière de faculté de rétractation (V. par ex. art. L. 132-5-2 C. ass.).

2) L'exercice irrégulier substitué

524. **La réfection de l'exercice de la prérogative contractuelle.** La réfection permet de remplacer l'acte irrégulier par un acte sain. Ce procédé se résume à un nouvel exercice de la prérogative qui, s'il est valable, sera efficace sans effet rétroactif. La réfection n'a d'effet que pour l'avenir²⁵³⁵. Une seule exigence conditionne l'efficacité de la réfection : la mise en œuvre de la prérogative doit encore être permise. En particulier, le *potentior* ne peut pas être forclos. Le délai d'exercice doit continuer à courir²⁵³⁶. Par exemple, la notification d'exercice d'une prérogative de résolution alors qu'aucune mise en demeure n'a été adressée au débiteur rend son exercice irrégulier. Le *potentior*, conscient de l'inefficacité de son acte, peut recommencer le processus de mise en œuvre en mettant son débiteur en demeure. À l'inverse, l'exercice irrégulier de la prérogative de renonciation à la condition pendante, par exemple par l'absence de notification à l'attention du sujet passif, ne peut pas faire l'objet d'une réfection si la condition a défailli entre temps²⁵³⁷. Puisque la réfection constitue un nouvel exercice de la prérogative, tous ses titulaires peuvent y procéder. En cela, elle se distingue de la confirmation et de la régularisation. La première suppose de détenir un droit de critique, la seconde suppose d'être à l'origine de l'irrégularité qu'on entend réparer. La réfection, pour sa part, n'exige que d'être titulaire du droit d'exercer la prérogative. À cet égard, le créancier du *potentior* en carence peut mettre en œuvre la réfection en son nom s'il souscrit aux conditions de l'article 1341-1 du Code civil²⁵³⁸.

La réfection de l'exercice de la prérogative a pour effet de remplacer la première mise en œuvre irrégulière par une seconde, conforme aux conditions requises. Elle est possible dans la mesure où la neutralisation de la prérogative ne correspond pas à la déchéance du droit mais repose sur la nullité de son exercice²⁵³⁹. Par conséquent, le sujet passif ne peut pas renier ses effets : la modification opérée par l'exercice régulier de la prérogative contractuelle acquiert force obligatoire.

²⁵³⁵ V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 703. A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 215.

²⁵³⁶ V. *supra*, n° 337 et s.

²⁵³⁷ Sur la disparition de la prérogative de renonciation à la condition défaillie orchestrée par l'ordonnance du 10 févr. 2016, V. *supra*, n° 182.

²⁵³⁸ En ce sens, Cass. Civ. 3^e, 5 nov. 2003, *op. cit.*

²⁵³⁹ V. *supra*, n° 457 et s.

§2. L'ajout d'une condition au droit de critique : « pas de nullité sans grief »

525. « Nullité sans grief n'opère rien » dit la maxime, transformée en règle légale par le législateur du nouveau Code de procédure civile. La nullité des actes de procédure est subordonnée à la preuve d'un grief par celui qui l'invoque lorsqu'ils sont entachés d'un vice de forme (A). En dépit de son énoncé, cette règle est parfois appliquée par la jurisprudence en dehors du champ des actes de procédure. À cet égard, l'exercice des prérogatives contractuelles peut en faire l'objet. Les formalités d'exercice sont vouées à protéger le sujet passif mais la nullité que leur irrespect engendre peut s'avérer disproportionné au regard des conséquences qu'elle emporte. Ce faisant, un tempérament est bienvenu. En cas de violation d'une condition formelle qui ne porte pas préjudice au sujet passif, la règle « pas de nullité sans grief » doit s'appliquer (B).

A. Caractéristiques de la règle « pas de nullité sans grief »

526. « **Pas de nullité sans grief** » en procédure civile. La jurisprudence, puis le législateur de 1975, ont établi la règle selon laquelle l'annulation des actes de procédure entachés de certains vices est subordonnée à la preuve d'un grief par celui qui l'invoque. L'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile dispose que le seul constat d'un vice de forme est insuffisant pour déclarer la nullité de l'acte de procédure quand bien même la formalité est substantielle ou d'ordre public. La règle « joue comme une présomption de régularité en faveur du rédacteur de l'acte »²⁵⁴⁰. La simplicité de cette présentation tranche avec la complexité de ses applications. Cette règle suppose d'explicitier chacun des termes employés.

527. **Le vice de forme.** La notion de vice de forme est la plus complexe à saisir. Dépourvue de définition dans le Code de procédure civile, elle s'oppose aux vices de fond et aux fins de non-recevoir. Les vices de fond sont une cause de nullité sans grief selon l'article 119 du Code de procédure civile. Ils sont décrits à l'article 117 du même code, qui énumère les trois catégories d'irrégularité qui entrent dans leur champ : le défaut de capacité d'ester en justice, le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité

²⁵⁴⁰ J. LEMEE, « Pas de nullité sans grief », *RTD civ.* 1982. 23, n° 24, p. 36.

d'exercice, et le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice²⁵⁴¹. La fin de non-recevoir reçoit, pour sa part, une définition séculaire. L'article 122 du Code de procédure civile l'a explicitée : elle est constituée par « 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 »²⁵⁴². De manière générale, tout défaut du droit d'action est exclu de la règle « pas de nullité sans grief ». Les vices de forme sont ceux qui n'entrent dans aucune des de ces deux catégories. Ce classement par défaut confère un large domaine à l'exclusion de la nullité sans grief, sous réserve des extensions prétoriennes à la notion de fin de non-recevoir²⁵⁴³. Cette présentation sommaire ne rend pas compte des débats qui ont animé la doctrine processualiste sur la distinction du fond et de la forme des actes de procédure. À la conception « civiliste » des actes de procédure de Monsieur Cornu s'est opposée la conception « processualiste » de Monsieur Perrot²⁵⁴⁴. Pour le premier de ces auteurs, l'acte de procédure ne serait rien d'autre qu'un acte juridique entendu classiquement comme la manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. Il en déduit qu'un vice de forme est constitué dès lors qu'il porte sur l'*instrumentum*, soit sur l'aspect rédactionnel de l'acte. Selon Monsieur Perrot, cette conception est inexacte, en ce qu'elle méconnaît la spécificité formelle de l'acte de procédure. « En d'autres termes, l'exigence permanente d'une forme dans les actes de procédure, dans la mesure où elle se trouve au service de prescriptions légales fondamentales, devrait conduire à réajuster la ligne de partage civiliste entre le fond et la forme de l'acte »²⁵⁴⁵. La doctrine contemporaine semble majoritairement opter pour le critère défendu par Monsieur Cornu tout en y ajoutant une appréciation de la gravité de la condition²⁵⁴⁶. Elle tente, néanmoins, de renouveler la distinction entre fond et forme dont les

²⁵⁴¹ Après plusieurs années d'aterrissements, la Cour de cassation a établi le caractère limitatif de l'article 117 C. pr. civ., V. Cass. Ch. mixte, 7 juil. 2006 n° 03-20.026 ; D. 2006. 1984, E. PAHLAWAN-SENTILHES ; RTD civ. 2006. 820, R. PERROT.

²⁵⁴² Pour des illustrations du rejet de la règle « pas de nullité sans grief » aux hypothèses visées, V. par ex. Cass. Soc. 20 fév. 1974, Bull. civ. V, n° 129 et Cass. Civ. 2, 11 juin 1977, Bull. civ. II, n° 128.

²⁵⁴³ V. N. CAYROL, « Action en justice – Spécificité de l'action en justice », *Répert. dr. civ.*, Dalloz, juin 2019 (actu janv. 2020), n° 83 et s.

²⁵⁴⁴ V. not. L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, op. cit., n° 368 et s., p. 394 et s. Adde G. CORNU, « L'élaboration du Code de procédure civile », in *La codification*, Dalloz, 1996, p. 72. Du même auteur, D. 1977. 125, R. PERROT, RTD civ. 1977. 817.

²⁵⁴⁵ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, op. cit., n° 373, p. 399.

²⁵⁴⁶ En ce sens, par ex., E. JEULAND *Droit processuel général*, op. cit., n° 442 : « Le fond serait lié aux conditions intrinsèques à l'acte et donc à la volonté et à ce qui est fondamental quand la forme serait liée aux conditions extrinsèques de l'acte et donc à sa rédaction ».

applications sont parfois peu convaincantes²⁵⁴⁷. À ce propos, « le débat relatif à l'acte de procédure n'est qu'un reflet du débat plus général qui oppose les auteurs sur la question du fond et de la forme de l'acte juridique »²⁵⁴⁸. L'application de ces distinctions aux conditions de la prérogative contractuelle n'est pas évidente. Cependant, la règle « pas de nullité sans grief » est avant tout une règle de pragmatisme, qu'il convient d'appliquer comme telle.

528. **Le grief.** La notion de grief n'est pas commune en droit des contrats. On lui substituerait volontiers celle de préjudice ce qui, du reste, est l'acception retenue par la jurisprudence et la doctrine processualiste²⁵⁴⁹. Il revient à celui qui l'invoque d'en rapporter la preuve afin d'obtenir que l'acte soit annulé. En cela, le régime s'avère très proche de la responsabilité civile. L'appréciation du grief se fait *in concreto*. Le plaideur ne peut pas se contenter de pointer l'irrégularité de forme²⁵⁵⁰. Il doit démontrer en quoi le manquement a emporté des conséquences néfastes pour son cas personnel. Puisque le grief doit être la conséquence du vice, le lien de causalité est apprécié strictement²⁵⁵¹. En principe, le grief relève d'une perturbation subie par le plaideur dans ses droits de la défense²⁵⁵². Ce n'est pas la seule conception qu'on puisse en retenir, cependant. La jurisprudence a progressivement accepté d'appliquer la règle « pas de nullité sans grief » dans des domaines autres que le droit de la procédure.

529. **L'extension de la règle aux actes juridiques distincts des actes de procédure.** Sans revenir sur la controverse relative à la caractérisation des actes de procédure en actes juridique, des différences existent entre les deux catégories d'actes. Elles concernent leur nature, leurs objets et leurs auteurs. Les actes de procédure « intègrent un espace juridique mi privé mi public » dû à la relation triangulaire entre juge et parties²⁵⁵³.

²⁵⁴⁷ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, op. cit., n° 381 et s., p. 409 et s. et n° 390 et s., p. 421 et s.

²⁵⁴⁸ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, op. cit., n° 376, p. 402.

²⁵⁴⁹ J. LEMEE, « Pas de nullité sans grief », op. cit., n° 38 et s., p. 43 et s. ; par ex. Cass. Civ. 2, 18 janv. 1989, n° 87-12.354 : « la notion de grief se confond avec celle de préjudice ».

²⁵⁵⁰ Pour une illustration, Cass. Civ. 3, 7 mars 1978, *Bull. civ.* III, n° 105 : cassation de l'arrêt d'appel qui estime, à propos de l'omission d'une mention dans le congé donné par le bailleur rural, qu'il s'agissait « d'une formalité substantielle dont l'omission préjudicie au preneur car elle constitue la garantie de son droit ». La Cour de cassation censure au motif qu'« en statuant ainsi sans préciser en quoi résidait le préjudice subi par le preneur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

²⁵⁵¹ Le grief doit être la conséquence directe du vice, par ex. Cass. Civ. 1^{re} 6 janv. 2004, n° 01-15.668.

²⁵⁵² L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, op. cit., n° 40, p. 39. Sur le caractère « excessivement restrictif » de cette acception, V. G. WIEDERKEHR, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984. 165, p. 166.

²⁵⁵³ E. JEULAND *Droit processuel général*, op. cit., n° 406.

L'acte de procédure peut être judiciaire s'il intervient dans le cadre d'un litige ou extrajudiciaire si tel n'est pas le cas. Toutefois, si l'acte judiciaire peut émaner des parties, l'acte extrajudiciaire a pour auteur l'huissier ou tout autre auxiliaire de justice²⁵⁵⁴. C'est donc au prix d'un tempérament que la jurisprudence a pu appliquer la règle « pas de nullité sans grief » à des actes non procéduraux.

Le Conseil d'Etat a formulé une règle proche dans sa jurisprudence *Danthony*²⁵⁵⁵. Par cet arrêt, la juridiction administrative postule la sauvegarde de la légalité des actes administratifs à moins que le vice ait influé sur le sens de la décision prise par l'administration ou qu'il ait privé les intéressés d'une garantie. En d'autres termes, l'acte reste valable même s'il n'est pas procédural lorsque le vice n'a pas engendré de préjudice. Dans le même sens, la jurisprudence judiciaire a fait application de la règle « pas de nullité sans grief » à des actes juridiques « substantiels ».

L'exercice d'une prérogative contractuelle est un acte juridique unilatéral mais n'est pas nécessairement un acte procédural. Il est extrajudiciaire et émane du *potentior*, bien qu'il soit parfois réalisé par un huissier de justice. Pourtant, la Cour de cassation applique la règle « pas de nullité sans grief » à la mise en œuvre du congé par le bailleur indépendamment de cette considération. Ainsi, les formalités requises par la loi peuvent faire l'objet d'une irrégularité sans que le congé soit déclaré nul. Tel est le cas lorsqu'une mention exigée dans la notification d'exercice du congé manque²⁵⁵⁶, ou lorsqu'une irrégularité substantielle affecte la notification²⁵⁵⁷. L'extension prétorienne de la règle « pas de nullité sans grief » a des actes

²⁵⁵⁴ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 10^e éd., 2020/2021, n° 160.07

²⁵⁵⁵ C.E., Ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthony*, qui énonce le principe en vertu duquel « si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ».

²⁵⁵⁶ Cass. Civ. 3^e, 21 fév. 1990, *Bull. civ.* III, n° 60 (la notification ne précisait pas que l'offre était valable pendant deux mois). Cass. Civ. 3^e, 13 mars 1991, *Bull. civ.* III, n° 92 (absence de mention du nom du bénéficiaire dans un congé délivré pour reprise). Cass. Civ. 3^e, 15 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 83 (omission de la mention du second droit de préemption du locataire de l'art. 15, II, de la loi n° 89-462 du 6 juil. 1989 dans sa rédaction issue de la loi n° 94-624 du 21 juil. 1994). Cass. Civ. 3^e, 24 juin 2008, n° 07-16-156 (la notification de congé incluait « une cave à désigner » qui renvoyait à la cave que comportait le bien loué). V. aussi Cass. Civ. 3^e, 13 mars 2002, n° 00-15.916 et 20 mars 2007, n° 06-12.599, pour des applications au congé régi par l'art. 18 de la loi n° 48-1360 du 1^{er} sept. 1948.

²⁵⁵⁷ Cass. Civ. 3^e, 8 oct. 2015, *Bull. civ.* III, n° 282 ; D. 2015. 2198, A.-L. MEANO, V. GEROGET, A.-L. COLLOMP : en l'espèce, un congé est délivré avec offre de vente au prix de 190 000€, frais d'agence inclus. Les locataires acceptent l'offre puis se rétractent et font une contre-offre au prix de 140 000€, refusée par le propriétaire. Ils invoquent alors la nullité du congé. Les juges d'appel, soutenus par le Cour de cassation, ont estimé que si le locataire qui exerce son droit de préemption « ne peut se voir imposer le paiement d'une commission d'agent immobilier renchérissant le prix du bien, [...] l'intégration de la commission dans le prix demandé n'avait eu

juridiques non procéduraux – bien que presque tous relatifs au congé du bailleur – impose de s’interroger sur la pertinence de son application aux conditions formelles d’exercice des prérogatives contractuelles.

B. Application de la règle « pas de nullité sans grief »

530. **Fondement théorique de la règle « pas de nullité sans grief ».** Les prérogatives contractuelles sont des droits dont l’exercice est formalisé. L’efficacité juridique de leur mise en œuvre est subordonnée à l’accomplissement de certains actes, *a minima* la notification définitive d’exercice²⁵⁵⁸. Leur neutralisation peut être subordonnée à la règle « pas de nullité sans grief », sur le modèle de ce que fait la jurisprudence au sujet du congé délivré par le bailleur. Le principe repose sur le respect téléologique de la formalité plutôt que son exécution littérale. Lorsque le but de la formalité est atteint en dépit du manquement, l’exercice doit demeurer valable. La règle « pas de nullité sans grief » fait primer le pragmatisme sur la rigueur juridique. Elle permet, d’une part, de censurer le comportement malhonnête du sujet passif qui tenterait d’échapper à la modification alors même que le vice qui l’entache ne lui a causé aucun préjudice. Elle permet, d’autre part, d’éviter des comportements dilatoires qui imposeraient au *potentior* de recommencer la procédure d’exercice de la prérogative lorsque la première mise en œuvre n’a pas causé de préjudice au sujet passif. Néanmoins, ces avantages n’évincent pas les dangers d’une application souple de la règle.

« La perspective de la nullité a aussi une vertu propre. Si l’on édicte des formalités c’est pour diriger l’activité procédurale sauvegardant tous les droits des intéressés. L’automatisme de la sanction est un moyen très efficace de maintenir une pratique correcte »²⁵⁵⁹. De bon sens, cette affirmation reste à nuancer. Un principe sans tempérament est toujours distordu par rapport à la réalité de ses applications. Toute sanction peut à un moment s’avérer trop rigide, de sorte qu’une règle de souplesse doit être introduite à titre d’exception. À cet égard, Monsieur

aucune incidence sur l’exercice du droit de préemption », ce dont il ressortait une absence de grief et, par conséquent, le rejet de la demande d’annulation du congé.

²⁵⁵⁸ V. *supra*, n° 413 et s.

²⁵⁵⁹ P. HEBRAUD, note sous Cass. Civ., 18 nov. 1947, *D.* 1948. 179. V. aussi. L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l’acte juridique*, *op. cit.*, note 147, p. 42 qui cite G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 1^{ère} éd., 1958, p. 432 : « Les formalités sont-elles inutiles ? Que le législateur les efface ! Utiles ? Les irrégularités méritent sanction ! ».

François réfute la finalité exclusivement objective de la nullité d'un acte juridique. Cette remarque est opportune pour les prérogatives contractuelles exercées dans les contrats de gré à gré²⁵⁶⁰ : c'est bien l'intérêt du sujet passif, et de lui seul, qu'on cherche à protéger. Par conséquent, lorsque son intérêt n'a pas été atteint, la pertinence de la neutralisation perd de sa superbe. L'application de la règle « pas de nullité sans grief » ne doit jamais conduire à vider de sa substance une formalité mais, au contraire, à préserver sa substantifique moelle. C'est seulement lorsque son observation rigoureuse n'était pas nécessaire au respect de sa finalité que la sanction du vice peut être subordonnée à l'existence d'un préjudice. Le caractère exceptionnel de l'application de la règle suppose, donc, de déterminer les contractants susceptibles d'y être soumis. Sur ce point, le formalisme imposé à la partie forte d'une situation d'adhésion repose sur une logique disciplinaire. « On est certain de protéger chacun en protégeant tout le monde », de sorte que « si l'équité y [perd] au plan individuel, la discipline y [gagne] au plan collectif »²⁵⁶¹. Dans ce contexte, il importe que la logique de régulation prime sur la logique civiliste²⁵⁶². La règle « pas de nullité sans grief » ne devrait pas pouvoir être opposée à la partie faible. Déterminer le champ d'application *rationae personae* de la règle « pas de nullité sans grief » ne suffit pas. Il faut déterminer les formalités susceptibles d'en être l'objet.

531. Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles excluent de la règle « pas de nullité sans grief ». « Aller d'un excès de rigidité vers l'imprécision, c'est tomber d'un arbitraire dans l'autre »²⁵⁶³. C'est pourquoi il faut établir la liste précise des conditions d'exercice qui peuvent entrer dans le champ d'application de la règle « pas de nullité sans grief ». Dans la mesure où le vice de forme suppose *a priori* une formalité, il est possible de s'en tenir à cette conception. Le vice de forme serait le vice qui affecte une

²⁵⁶⁰ C. FRANÇOIS, *L'acte juridique irrégulier efficace...*, *op. cit.*, n° 495 et s., p. 308 et s.

²⁵⁶¹ P. STOFFEL-MUNCK, « Formalisme informatif *ad validatem* : retour à une logique civiliste ? », *RDC* 2017. 25, p. 26.

²⁵⁶² P. STOFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012. 705, sépc. n° 20 et s. ; J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 835, spéc. n° 8 : « la protection de la partie faible n'intervient plus comme celle d'un individu mais au non d'un intérêt collectif : celui du fonctionnement du marché et des mécanismes macroéconomiques. Dans cet esprit, on ne considère plus prioritairement une partie en position de faiblesse, pour organiser une protection s'attachant à sa qualité de personne. On protège davantage la fonction économique que celle-ci incarne. [...] Dès lors, sa protection sera conçue dans une dimension macroéconomique de protection de cette fonction économique collective ». Reste que, en dépit du cynisme qui peut découler du déplacement de la protection accordée, la protection de l'intérêt collectif passe à plusieurs égards par une protection renforcée de l'individu. En démontre l'inapplication de la règle « pas de nullité sans grief » à cette catégorie de personne alors même que l'irrespect de la formalité n'a causé aucun préjudice.

²⁵⁶³ G. WIEDERKEHR, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *op. cit.*, p. 165.

formalité requise lors de l'exercice des prérogatives. Néanmoins, ce serait supposer par une simple déduction terminologique que toutes les formalités d'exercice sont concernées par la règle. L'affirmation est douteuse. C'est en procédant par exclusion qu'une liste rigoureuse peut être entreprise.

Vices de fond et fins de non-recevoir sont exclus du champ d'application de la règle « pas de nullité sans grief ». Les irrégularités concernées vident la substance de la règle qu'elles entachent, de sorte qu'il n'y a pas d'intérêt à réclamer au surplus la preuve d'un grief pour obtenir une sanction. Les vices qui touchent au fond de l'exercice des prérogatives peuvent être assimilés aux conditions de fond d'exercice de la prérogative. En cas d'usage déloyal, sa neutralisation doit pouvoir être prononcée sans que le *potentior* puisse opposer l'absence de préjudice. Les fins de non-recevoir ont trait au défaut du droit d'agir en justice en matière processuelle. Elles se rapprochent du défaut de titularité de la prérogative. Il faut avoir la qualité de *potentior* pour exercer la prérogative, sans quoi l'irrégularité est automatiquement sanctionnée : le sujet agit sans droit. Les fins de non-recevoir incluent les délais de forclusion. Pour la même raison, les délais d'exercice des prérogatives sont hors du champ d'application de la règle « pas de nullité sans grief ». Ainsi, si le vice de forme suppose une formalité, toutes les formalités n'entrent pas dans le champ d'application de la règle.

Au surplus, les formalités visées par la règle en procédure civile sont des formalités de source légale. Qu'en est-il pour celles qui sont stipulées par les parties ? La formalité prescrite par le contrat, selon des modalités spécifiées, incarne la volonté des parties de la voir respectée. Le sujet passif a pu organiser sa protection, que le *potentior* a acceptée. Tempérer la force obligatoire de ces stipulations en ajoutant la condition d'un préjudice pour prononcer la sanction est une violation de la loi contractuelle. Face à ce type de clauses, il faut considérer que les contractants ont entendu écarter la règle « pas de nullité sans grief ». C'est d'autant plus vrai lorsque la stipulation se contente de rappeler une formalité d'origine légale sans rien y ajouter. La stipulation n'est pas superfétatoire ; elle entérine la prévision de la nullité en cas de violation des conditions. En s'appuyant sur l'article 1191 du Code civil, on peut estimer que cette clause est destinée à écarter la règle « pas de nullité sans grief ». C'est le cas, par exemple, d'une stipulation exigeant une notification d'exercice en la forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception²⁵⁶⁴. Le délai de préavis est, lui aussi, exclu du champ d'application de la règle « pas de nullité sans grief ». Émanation de la bonne foi

²⁵⁶⁴ Rappr. Cass. Com. 3 oct. 2006, *op. cit.*

méthodologique, le délai de préavis ressemble aux « formalités intrinsèques » que les auteurs de l'Ancien droit mobilisaient pour les formalités de fond²⁵⁶⁵. *In fine*, seules les formalités vouées à l'information du sujet passif voient leur sanction subordonnée à la preuve d'un grief. Cette opinion recoupe l'acception que la doctrine majoritaire retient du vice de forme dans l'acte juridique dit « civiliste ».

Selon Madame Mayer, le critère de distinction entre fond et forme le plus couramment retenu en doctrine est celui qui a trait au caractère intrinsèque ou extrinsèque de l'acte²⁵⁶⁶. La forme renvoie au « support formel de la volonté »²⁵⁶⁷ ; or les formalités d'information consistent à organiser l'extériorisation de la volonté du *potentior*. En cela, l'exercice de la prérogative a été caractérisé comme un acte unilatéral réceptice²⁵⁶⁸. Notification, mise en demeure et motivation sont les conditions soumises à la règle « pas de sanction sans grief ».

532. Illustrations. La plupart des applications jurisprudentielles de la règle sont relatives à la notification et à la motivation du congé donné par le bailleur. C'est le cas lorsque le bailleur ne mentionne pas que la préemption est soumise à un délai de deux mois car l'oubli n'a pas empêché le locataire de préempter²⁵⁶⁹. La sanction est également écartée quand le prix indiqué inclus la commission de l'agent immobilier puisque, là encore, l'irrégularité n'a pas empêché le locataire de préempter²⁵⁷⁰. Au surplus, le destinataire de l'acte ne peut pas invoquer un grief imputable à son propre comportement, à l'instar de la jurisprudence relative aux actes de procédure²⁵⁷¹. Par exemple, la notification qui comporte une erreur d'adresse attribuable au sujet passif n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation de l'exercice de la prérogative. À vrai dire, rares sont les hypothèses dans lesquelles le sujet passif ne peut pas rapporter la preuve d'un grief. Cependant, quelques exemples peuvent être imaginés. Par exemple, la mise en demeure qui vise expressément la résolution du contrat sans spécifier s'il s'agit de la clause résolutoire ou de la résolution par notification pourrait être efficace, sauf à ce que le sujet passif rapporte la preuve du préjudice qui a découlé de cette imprécision. En revanche, l'omission pure et simple de la notification, de la mise en demeure ou de la motivation cause presque toujours un préjudice au sujet passif, de sorte que l'éviction de la sanction dans ces

²⁵⁶⁵ V. L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, op. cit., note 1548, p. 410.

²⁵⁶⁶ L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, op. cit., n° 381 et s., p. 409 et s.

²⁵⁶⁷ *Ibid.*

²⁵⁶⁸ V. *supra*, n° 413.

²⁵⁶⁹ Cass. Civ. 3^e, 21 fév. 1990, op. cit.

²⁵⁷⁰ Cass. Civ. 3^e, 8 oct. 2015, op. cit.

²⁵⁷¹ Cass. Civ. 2^e, 15 oct. 1981, *Bull. civ.* II, n° 189.

cas est écartée. L'information communiquée à l'aide de ces modalités peut comporter des imperfections indolores mais son inexistence implique toujours un grief pour le destinataire.

En définitive, la règle « pas de nullité sans grief » trouve à s'appliquer dans des hypothèses exceptionnelles qui justifient que la nullité soit écartée par l'absence de préjudice qui en résulte pour le sujet passif.

533. Conclusion de la section. Le droit de critiquer l'exercice de la prérogative peut être supprimé, ce qui exclut les sanctions qu'on lui attache. L'efficacité de sa mise en œuvre est reconnue en dépit de l'irrégularité qui l'anime. Outre la prescription du droit d'agir, la confirmation de l'exercice par le sujet passif est valable. L'exclusion du droit de critique peut également résulter d'un acte du *potentior* destiné à purger l'acte unilatéral du vice qui l'affecte. La réparation de l'irrégularité procède ainsi d'une forme de catharsis. L'exercice est efficace grâce à sa régularisation ou à sa réfection. En outre, la nullité de l'exercice peut être exclue s'il n'en résulte aucun préjudice pour le sujet passif. Il faut, pour cela, que l'irrégularité procède de la violation d'une condition formelle destinée à informer le sujet passif de la mise en œuvre de la prérogative. Néanmoins, la règle « pas de nullité sans grief » s'oppose à la logique de régulation qui irrigue les formalités imposées à la partie forte dans les situations d'adhésion. C'est pourquoi elle ne doit pas être appliquée dans ces contextes.

534. Conclusion du chapitre. Grâce à l'analyse du droit de critique, le régime de l'exercice de la prérogative contractuelle a pu être pleinement saisi. En tant qu'acte unilatéral inscrit dans les rapports contractuels, les droits du sujet passif et du *potentior* face à sa mise en œuvre irrégulière devaient être identifiés. Sauf à ce que le sujet passif exerce une prérogative de résolution, une action en justice est nécessaire pour sanctionner l'exercice irrégulier de la prérogative qu'il a subi. L'efficacité de son droit d'agir est susceptible de varier selon les stipulations du contrat et selon la réaction du *potentior* à l'irrégularité dont il est l'auteur. Le sujet passif lui-même peut être à l'origine de l'efficacité de l'exercice par un acte volontaire ou par son inaction. À cet égard, la sanction de l'exercice irrégulier de la prérogative n'est pas automatique. Elle n'intervient qu'en dernier recours lorsque l'irrégularité s'est maintenue et que le sujet passif a entendu agir pour empêcher l'acte de produire son effet.

535. Conclusion du Titre. L'étude du régime de l'exercice de la prérogative a entériné sa dualité : l'acte unilatéral qu'il constitue est aussi un effet du contrat. Il n'en est pas

détachable. Il l'habite et l'influence, autant par l'effet qu'il produit régulièrement que par la trahison des prévisions issue de sa mise en œuvre pathologique. Le rapport contractuel est imprégné des manifestations unilatérales de volonté des parties qui s'expriment tout au long de son exécution et qui se conjuguent aux stipulations nées de leur volonté commune. Tenter de nier ces manifestations ou de les limiter serait infructueux. Les traiter comme des actes détachables du contrat aboutirait à un résultat artificiel. Permettre des sanctions efficaces lorsqu'elles affichent une contradiction avec le pacte formé par les parties est indispensable. La pluralité des sanctions, entre nullité de l'acte et remèdes à l'inexécution, exprime l'ambivalence du mécanisme de la prérogative et leur confère l'efficacité recherchée. La critique de l'exercice scelle ce constat. La dénonciation de l'exercice lorsqu'il désavoue l'alliance formée se cumule à la possibilité de rendre efficace cet exercice par des actes unilatéraux dont les auteurs sont les contractants eux-mêmes. L'unilatéralisme est inhérent au contrat et ne s'en extrait pas.

Conclusion générale

536. À rebours de la présentation classique de l'opposition entre unilatéralisme et contrat, la prérogative contractuelle s'est révélée être un élément inhérent à la relation contractuelle. Ces droits d'imposer une décision portant modification d'une règle contractuelle se sont démarqués par leur quantité et leur diversité. La prérogative contractuelle est tout aussi fréquente dans les textes législatifs que dans la pratique. Ce constat rend artificielles les tentatives de cantonnement de la prérogative à une forme de dérogation tenue en marge de la théorie du contrat où tout ne serait que le fruit d'une volonté commune. Au contraire, c'est à la théorie du contrat d'évoluer pour intégrer cette technique d'appréhension des incertitudes liées à l'avenir dans une situation juridique qui se perçoit désormais comme une relation. Le contrat n'est plus une source éphémère d'obligations réciproques mais une alliance qui véhicule de règles de sources et de natures diverses, obligationnelle, décisionnelle, organisationnelle et comportementale. Sur le modèle des contrats spéciaux, la conception contemporaine du contrat doit reconnaître sa dimension temporelle, vouée à permettre une « appropriation du futur »²⁵⁷². Originellement conçu comme un acte de prévision, le contrat était perçu comme une entité au contenu irrévocable. Ce dogme faisait obstacle à son adaptation aux changements de circonstances de tous ordres qui peuvent affecter la situation des contractants. Pourtant, « tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre »²⁵⁷³. Ainsi, le contrat s'analyse désormais comme un acte d'anticipation, qui autorise son adaptation. La prérogative est une technique pertinente et légitime pour ce faire. L'intangibilité du contrat n'y fait pas obstacle. Cette règle s'est présentée comme un pseudo-principe à l'application moins générale et moins stricte que sa description classique ne laisse penser. La prérogative permet, alors, à son titulaire de faire perdurer la corrélation entre l'utilité du contrat et sa réalisation. Loin de la méprisante image d'un contractant désireux d'assouvir son désir de domination et de l'avalissante description de l'autre partie incapable d'y résister, la prérogative contractuelle se présente, *in fine*, comme l'expression d'un besoin naturel. Les individus ne sont pas omniscients et aucune loi n'est immuable. « Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir

²⁵⁷² J.-M. TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », *loc. cit.*, p. 63

²⁵⁷³ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du Code civil*, *op. cit.*

au magistrat »²⁵⁷⁴. Il n'y a pas de raison que la « loi des parties » fasse exception. L'invariance des vœux et la permanence du consensus sont des chimères dont la viabilité n'était permise que par l'instantanéité de l'échange, modèle du contrat jusqu'au dernier tiers du XX^e siècle. Parce que le contrat est désormais une alliance, les parties s'autorisent des modifications de toutes sortes, qui portent sur tous les aspects de leur relation, de son existence à son contenu. Ces modifications concernent tant les stipulations à caractère obligationnel (par exemple, la détermination unilatérale du prix) que celles de type non obligationnel (comme la clause d'agrément), ou l'existence de la situation contractuelle (c'est le cas de la faculté de résiliation). Rares sont les pans du contrat à échapper à leur empire.

537. Si la prérogative contractuelle est une puissance, elle ne correspond pas, pour autant, à la définition juridique du pouvoir, ni même à celles de liberté et de faculté. La prérogative contractuelle est un droit subjectif. En effet, la *potestas* reconnue à son titulaire est une puissance individuelle, vouée à lui permettre de servir ses propres besoins, ses propres intérêts. Ce faisant, la prérogative n'est pas créée pour organiser l'empiètement sur la sphère juridique d'autrui ; elle a pour but de permettre à son titulaire de conserver la maîtrise de sa propre situation en faisant valoir son intérêt par un droit dont le contenu est déterminé. Ce qu'on identifie communément comme un « assujettissement » du sujet passif de la prérogative est, en fait, une passivité consécutive à la nature décisionnelle de ce droit. En tant que relation, le contrat s'étire dans le temps et n'est pas voué à nier l'intérêt individuel qu'une partie peut faire valoir au cours de sa réalisation. Parmi les différents droits subjectifs, la prérogative contractuelle a été caractérisée comme un droit potestatif. L'étude de cette catégorie de droits subjectifs dans les systèmes juridiques italien, allemand et suisse – berceaux de la notion de droit potestatif – a mis en lumière l'insuffisance de sa définition en droit français. Sa description la mieux connue renvoie, peu ou prou, à celle de l'acte juridique unilatéral. C'est confondre le mode d'exercice du droit et sa définition abstraite. En réalité, les droits potestatifs sont des droits d'imposer une décision qui modifie un élément de la situation juridique dans laquelle intervient son titulaire. L'acte unilatéral qui en découle n'est rien d'autre que la manifestation concrète, la mise en œuvre effective, du droit potestatif qui lui préexiste. C'est ainsi qu'en matière contractuelle, on a tendance à se centrer sur l'acte juridique permettant d'exercer la prérogative, oubliant le droit potestatif de nature contractuelle qui lui est antérieur. Pourtant, en droit des contrats comme ailleurs, ces droits de

²⁵⁷⁴ *Ibid.*

modifier sa propre situation juridique dans son intérêt ont leur place. Affirmer que les prérogatives contractuelles servent l'intérêt de leur titulaire ne signifie pas, pour autant, que le *potentior* bénéficie d'une puissance illimitée. En contractant raisonnable, il est exigé de lui qu'il n'abuse pas de sa position et qu'il se conforme aux attentes légitimes du sujet passif. La spécificité de la prérogative contractuelle confère une portée importante à cette limite. Par son essence décisionnelle, la prérogative engendre des incertitudes pour le sujet passif. En cela, elle se distingue du reste des droits prévus par le contrat. C'est pourquoi les conditions de validité et d'exercice auxquelles elle est soumise sont rigoureuses.

538. La rationalité qui fonde l'existence de la prérogative dans le contrat explique, corrélativement, qu'elle soit parfois interdite. C'est le cas toutes les fois qu'elle organise une contradiction simultanée à l'accord des volontés qui donne vie au contrat. La fonction d'adaptation ne fait pas sens à ce stade, et la prérogative apparaît comme un mécanisme pernicieux destiné à consentir sans consentir, à s'engager sans s'engager. La condition potestative constitue, à ce titre, une prérogative contractuelle prohibée. De la même façon, la prérogative qui permet à son titulaire de vider la substance de son engagement doit être réputée non écrite. De manière générale, ces prérogatives organisent une contradiction avec le consentement donné. La concomitance de la contradiction est l'élément clé de compréhension de ces prohibitions. Celle-ci justifie, réciproquement, la validité des prérogatives de repentir ou du droit d'option. Le consentement au contrat réclame de l'intégrité, ce qui n'empêche pas qu'il soit réservé ou hésitant tant qu'il est assumé comme tel.

C'est aussi et surtout dans les situations d'adhésion que la stipulation de prérogatives contractuelles est suspecte. Elles risquent de créer un déséquilibre significatif aux dépens de la partie faible. Bien connue du droit de la consommation et du droit commercial, l'extension de la prohibition des clauses abusives dans le droit commun est, à cet égard, bienvenue. Néanmoins, la défiance que suscite la prérogative ne doit pas se transformer *ipso facto* en interdiction. La nécessité d'adapter la situation contractuelle ne disparaît pas avec l'identification de ces situations particulières. En outre, toutes les prérogatives contractuelles n'engendrent pas un déséquilibre équivalent. Une distinction a été opérée entre les prérogatives offensives et les prérogatives défensives, fondée sur l'effet qui résulte de leur mise en œuvre. Les premières provoquent une modification dans un contrat qui continue de lier le sujet passif. Il s'agit, par exemple, de modifier unilatéralement le prix ou la prestation du contrat. Ce faisant, l'exécution obligatoire du contrat se poursuit. Les secondes ont, en

revanche, pour effet de mettre fin au contrat. C'est le cas d'une faculté de résiliation. Le sujet passif est libéré de la force obligatoire de ses engagements. La menace produite par les prérogatives défensives est donc moindre que dans le cas des prérogatives offensives. Dès lors, leurs conditions d'existence diffèrent. Prohibées par principe, les prérogatives contractuelles offensives devraient pouvoir survivre lorsque le juge constate que la *ratio stipulationis* de la clause est cohérente avec l'opération globale. L'existence d'une prérogative de résiliation par laquelle le sujet passif-partie faible est en mesure de rompre le lien contractuel constitue, également, une exception à la prohibition de la prérogative offensive sous réserve du contrôle du juge. Ce dernier doit s'assurer que la possibilité de dissoudre le contrat n'est pas factice, la partie faible bénéficiant réellement de la faculté de recouvrer sa liberté si elle estime que la modification opérée par la partie forte crée un déséquilibre trop important à son détriment. Les prérogatives défensives doivent être réputées non écrites lorsque, au détriment de la partie faible, elles ne sont pas commutatives. La commutativité s'entend de la réciprocité du droit et de l'équivalence des règles de sa mise en œuvre. Hormis ces réserves propres à un contexte contractuel spécifique, la prérogative doit être admise en son principe. Une fois sa validité acceptée, les règles relatives à son exercice ont pu être élaborées.

539. Le respect du principe bonne foi constitue l'exigence principale qui pèse sur le *potentior* lorsqu'il met en œuvre la prérogative. Sa portée est primordiale en matière de prérogatives contractuelles dans la mesure où ces droits produisent de l'incertitude pour le sujet passif. L'enjeu d'établir un régime respectueux de toutes les parties en présence est de garantir l'efficacité de cette faculté d'adaptation tout en empêchant les situations dans lesquelles le sujet passif subirait des modifications dommageables parce qu'il est pris au dépourvu. Le point d'équilibre réside dans l'acception retenue du principe de bonne foi : il s'agit de garantir les attentes et prévisions légitimes du contractant qui subit la modification. Ce faisant, le sujet passif est mis en mesure d'agir conformément à ses propres intérêts. La bonne foi se décline aussi bien sur le terrain substantiel que sur le terrain formel. En matière substantielle, la bonne foi interdit notamment au *potentior* de poursuivre une fin illégitime quand il met en œuvre la prérogative. C'est le cas lorsqu'il cherche à nuire au sujet passif ou lorsqu'il tente de contourner une règle contraignante. Du point de vue formel, la bonne foi se manifeste par des formalités que le *potentior* doit respecter quand il exerce sa prérogative. Celles-ci sont destinées à faire naître des prévisions chez le sujet passif et à imposer au *potentior* le strict respect des attentes qui en découlent. L'exercice de la prérogative est ainsi

procéduralisé. Mise en demeure, motivation et délais de préavis peuvent être exigés au gré des prérogatives mises en œuvre. Toutes sont subordonnées à une notification adressée au sujet passif. En effet, l'exercice de la prérogative est un acte unilatéral réceptice.

La nature décisionnelle de la prérogative a permis d'élaborer ou de déduire d'autres éléments de son régime. Parce qu'elle est un élément intrinsèque de la relation contractuelle, elle ne peut exister indépendamment de celle-ci. Elle se cède et s'hérite avec le contrat tout entier ; elle ne survit pas à son extinction. En outre, la prérogative contractuelle est imperméable au mécanisme de la prescription. Caractérisée comme un droit-exclusion, elle ne suppose pas d'attente à l'égard du sujet passif. Puisqu'elle n'implique aucune prestation, la prescription ne trouve pas à s'appliquer. Elle peut, en revanche, être perdue par l'acquisition du délai d'exercice qui l'accompagne. Ce délai de forclusion mérite d'être généralisé, empêchant de plonger le sujet passif dans une situation d'incertitude prolongée à l'origine d'une paralysie du contrat préjudiciable. Quelques prérogatives contractuelles ne sont pas concernées, en particulier la faculté de résiliation unilatérale. Pour cette dernière, à l'inverse, prévoir un délai raisonnable à partir duquel elle pourra être mise en œuvre est salutaire dans les contrats qui ont nécessité de réaliser de lourds investissements.

540. Une fois les conditions d'exercice des prérogatives saisies, les sanctions de leur exercice irrégulier ont pu être développées. Plusieurs issues doivent être proposées au sujet passif, sous le contrôle du juge. La variété des prérogatives contractuelles rend artificielle l'érection d'une sanction unique qui s'imposerait pour chacune d'elles. La diversité des rapports contractuels mène à un constat identique, c'est pourquoi le sujet passif doit pouvoir bénéficier d'un choix quant à la réponse qu'il entend apporter à l'illicéité de l'exercice. La première sanction possible à l'exercice irrégulier de la prérogative est sa neutralisation. Cette sanction est spécifique à la prérogative en raison de son mécanisme : son effet est produit par l'acte unilatéral de son titulaire. En effet, la neutralisation se distingue d'une déchéance en ce que le droit survit. Elle s'analyse comme la nullité de l'acte unilatéral de sa mise en œuvre. Cette conception a été déduite de la jurisprudence *Les Maréchaux*. Aux termes de ce célèbre arrêt, la substance des droits et obligations du contrat est intouchable, c'est-à-dire que l'existence des stipulations contractuelles ne peut pas être annihilée par le juge. Seule leur mise en œuvre peut être paralysée. La neutralisation n'est donc possible que lorsque la réalisation du droit contractuel ne se déduit pas seulement de son existence dans le contrat mais que son titulaire doit agir unilatéralement pour qu'il soit efficace. Il est alors possible de

paralyser la mise en œuvre de la prérogative sans toucher à sa substance ; tel n'est pas le cas pour un droit de créance. Parce que la neutralisation s'analyse comme la nullité d'un acte unilatéral, sa confirmation, sa régularisation et sa réfection sont possibles. De surcroît, appliquer la règle « pas de nullité sans grief » à l'exercice de la prérogative est apparu souhaitable lorsque l'irrégularité concerne une formalité. Comme en matière de nullité d'un contrat, la nullité de l'exercice de la prérogative repose sur une fiction de rétroactivité. L'annulation de sa mise en œuvre entraîne un retour du contrat au *statu quo ante*. Toutefois, cette fiction n'est pas toujours possible. Elle n'est, en outre, pas toujours souhaitée par le sujet passif. Elle est aussi, parfois, disproportionnée. Par conséquent, d'autres sanctions peuvent être demandées. En tant que règle d'exécution du contrat, l'exercice irrégulier de la prérogative peut être assimilé à une inexécution contractuelle. En effet, dès lors que le contrat est appréhendé comme une alliance, il est incohérent de retenir une acception stricte de la notion d'inexécution réservée à la violation d'une obligation. La violation d'une règle contraignante par un contractant – quelle que soit la nature de cette règle – produit nécessairement des conséquences néfastes sur la relation des parties, et il convient d'offrir à la victime un large choix de remèdes. Par conséquent, le sujet passif se voit proposer les sanctions de l'inexécution qui peuvent s'appliquer à la mise en œuvre de la prérogative. La résolution du contrat est possible. La responsabilité contractuelle du *potentior* peut également être engagée. D'autres sanctions sont envisageables. La réfaction de l'exercice irrégulier de la prérogative est pratiquée en jurisprudence, lorsque le manquement repose sur un délai de préavis insuffisant. Dans ce cas, le juge ne neutralise pas l'exercice du droit mais le paralyse temporairement pour laisser au sujet passif un temps de prévenance suffisant. Une autre issue mérite d'être développée. Il s'agit du transfert de titularité de la prérogative. La qualité de *potentior* doit être transférée au sujet passif après mise en demeure lorsque l'irrégularité procède du non-exercice prolongé de la prérogative, pourtant nécessaire à la continuité du contrat. Cet éventail de sanctions permet de trouver le remède approprié à chaque prérogative et à chaque relation contractuelle. Le rôle du juge reste, à cet égard, essentiel. L'équilibre entre adaptation du contrat et protection du sujet passif est ainsi atteint.

En définitive, l'étude de la prérogative contractuelle a fait éclore une nouvelle vision du contrat qui rompt avec sa conception historique. Inspirée des contrats spéciaux, elle est empreinte davantage de pragmatisme. Elle permet aux parties de conserver leurs individualités et admet qu'elles défendent chacune leurs intérêts tout au long de la réalisation du contrat, dans le respect de l'alliance qu'elles ont conclue.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux : Traités, Manuels, Dictionnaires et Répertoires

ANDRE (M.-E.), DUMONT (M.-P.), GRIGNON (P.), *L'après contrat*, éd. Francis Lefebvre, 2005.

ATIAS (C.), *Droit civil, Les biens*, 10^e éd., Litec, 2009

AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Le contrat, Droit des obligations*, Connaissance du droit, Dalloz, 5^e éd., 2017.

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, 18^e éd., 2019.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Dalloz 5^e éd., 2012.

BERGEL (J.-L.), CIMAMONTI (S.), ROUX (J.-M.), TRANCHANT (L.), *Traité de droit civil, Les biens*, dir. J. GHESTIN, 3^e éd., LGDJ, 2019.

BONNARD (R.), *Précis de droit administratif*, 4^e éd., LGDJ, 1943.

BONNECASE (J.), *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. II, Sirey, 1925.

BRUN (P.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 5^e éd., 2018.

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, Sirey Université, 16^e éd., 2018-2019.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, t. I, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF coll. « Quadrige », 2004.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, t. II, Les Biens, les Obligations*, PUF coll. « Quadrige », 2004.

CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris-Pedone, 3^e éd., 1912 et 5^e éd., 1929.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I.&II, Dalloz, 13^e éd., 2015.

CAYROL (N.), *Droit de l'exécution*, LGDJ, 3^e éd., 2019.

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), MAYER (L.), *Procédure civile*, Hypercours, Dalloz, 6^e éd., 2019.

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2016 et 2^e éd., 2018.

CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2016 et 2^e éd. 2018.

CHRETIEN (P.), CHIFFLOT (N.), TOURBE (M.), *Droit administratif*, Sirey, 16^e éd., 2018-2019.

COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Dalloz, 7^e éd., 1931.

- CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd., 2005.
- CORNU (G.), *Droit civil, Introduction – Les personnes – Les biens*, Domat, Montchrestien, 12^e éd., 2005.
- COURET (A.), LE NABASQUE (H.), COQUELET (M.-L.), GRANIER. (T.), PORACCHIA (D.), RAYNOUARD (A.), REYGROBELLET (A.), ROBINE (D.), *Droit financier*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2019.
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 33^e éd., 2020.
- DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Régime général*, LexisNexis, 9^e éd., 2018.
- DELVOLVE (P.), *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.
- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, Dalloz, rééd., 2011.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, t. I, Sources des obligations*, Arthur Rousseau, 1923.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, t. VI, Effets des obligations*, Arthur Rousseau, 1931.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon, t. XXIV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, v. I*, Paris-Durand, 1877.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon, t. XXII, Traité des servitudes, v. II*, Paris, 2^e éd., 1859.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon, t. XXV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. 2*, Lahure, 1877.
- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^e éd., 2012.
- DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016.
- DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.
- DIDIER (P.), DIDIER (Ph.), *Droit commercial, t. 1*, Economica, 2004.
- DROSS (W.), *Droit civil, Les choses*, LGDJ, 2012.
- DROSS (W.), *Droit des biens*, coll. Domat droit privé, LGDJ, 4^e éd., 2019.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel, t. 1*, Paris, 3^e éd., 1927.
- EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif, t. I*, LGDJ coll. « Anthologie du droit », 1982.
- EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif, t. II*, LGDJ coll. « Anthologie du droit », 1983.
- ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse*, Éditions Ides et Calendes, Neuchatel, 1973.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, Thémis, PUF, 4^e éd., 2016.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, t. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, Thémis droit, PUF, 4^e éd., 2019.

FABRE-MAGNAN (M.), *Le droit des contrats*, PUF coll. « Que sais-je ? », 2018.

FAGES (B.), **FLEURY (P.)**, dir., *Le Lamy Droit du contrat*, Lamy, 2019.

FLOUR (J.), **AUBERT (J.-L.)**, **SAVAUX (E.)**, *Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014.

FLOUR (J.), **AUBERT (J.-L.)**, **SAVAUX (E.)**, *Droit civil, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation*, Sirey, 9^e éd., 2015.

FRANÇOIS (J.), *Traité de droit civil, t. 4, Les obligations, Régime général*, dir. C. LARROUMET, Économica, 2^e éd., 2011.

GAUDU (F.), **VATINET (R.)**, *Les contrats du travail, Contrats individuels, conventions collectives, et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, t. I, La formation du contrat*, LGDJ 3^e éd., 1993.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GHESTIN (J.), **BARBIER (H.)**, *Traité de droit civil, Introduction générale, t. 1*, LGDJ, 5^e éd., 2018.

GHESTIN (J.), **GOUBEAUX (G.)**, **FABRE-MAGNAN (M.)**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ 4^e éd., 1994.

GHESTIN (J.), **GOUBEAUX (G.)**, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 2^e éd., 1982.

GHESTIN (J.), **LOISEAU (G.)**, **SERINET (Y.-M.)**, *La formation du contrat, t. 2, L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, 4^e éd., 2013.

GHESTIN (J.), **DESCHE (B.)**, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990.

GRIMALDI (M.), *Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000.

GRIMALDI (M.), dir., *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action 6^e éd., 2017.

GUINCHARD (S.), dir., *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 10^e éd., 2020/2021.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Larose, 1910. *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1925. *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, rééd. Dalloz, 2002, prés. P. DELVOVE et F. MODERNE.

HERON (J.), **LE BARS (T.)**, **SALHI (K.)**, *Droit judiciaire privé*, coll. Domat Droit privé, LGDJ, 7^e éd., 2019.

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, Bruylant, 5^e éd., 2020.

JEULAND (E.), *Droit processuel général*, LGDJ, 4^e éd., 2018.

LARDEUX (G.), **LEGEAIS (R.)**, **PEDAMON (M.)**, **WITZ (C.)**, *Code civil allemand, Traduction commentée, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*, Juriscope, Dalloz, 2010.

LARROUMET (C.), **BROS (S.)**, *Les obligations, t. 3, Les obligations, Le contrat*, Économica, 9^e éd., 2018.

LARROUMET (C.), **AYNES (A.)**, *Traité de droit civil, t. 1, Introduction à l'étude du droit*, Économica 6^e éd., 2013.

LARROUMET (C.), *Les biens, Droits réels principaux*, Économica, 5^e éd., 2006.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. 17, Paris, 1875.

LEGEAIS (D.), *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 22^e éd., 2015.

LE ROY (Y.), SCHOENENBERGER (M.-B.), *Introduction générale au droit suisse*, LGDJ, 4^e éd., 2015.

LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 12^e éd., 2020.

LE TOURNEAU (P.), (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz Action, 2017.

LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd., 2010.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, t. II, Les obligations*, Vol. 1, Sirey, 1962.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 11^e éd., 2020.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.), *Les biens*, LGDJ, 6^e éd., 2015.

MALAUURIE (P.), MORVAN (P.), *Introduction au droit*, LGDJ, 6^e éd., 2016.

MALAUURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2020.

MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.), *Droit des obligations*, Lexisnexis, 14^e éd., 2017.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations*, t. 2, Sirey, 1961.

MATHIEU (M.-L.), *Droit civil, Les biens*, Sirey, 3^e éd., 2013.

MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, Vol. I, Montchrestien, 9^e éd., 1998.

MAZEAUD (D.), BOFFA (R.), BLANC (N.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.

MOUSSERON (J.-M.), MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), *Technique contractuelle*, Éditions Francis Lefebvre, 4^e éd., 2010.

OURIAC (P.), DE MALAFOSSE (J.), *Droit romain et ancien droit, Les obligations*, Thémis, PUF, 1957.

PEDAMONT (M.), KENFACK (H.), *Droit commercial*, Dalloz, 4^e éd., 2015.

PETERKA (N.), CARON-DEGLISE (A.), ARBELLOT (F.), *Protection de la personne vulnérable*, Dalloz Action, 4^e éd., 2017-2018.

PETIT (J.) et FRIER (P.-L.), *Droit administratif*, LGDJ, 13^e éd., 2019-2020.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, LGDJ, 4^e éd., 1906.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 3^e éd., 1905.

POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, t. I, 1764, *Œuvres de Pothier*, éd. M. Siffrein, Paris.

PONS (B.), *Contrat de transaction, Solution transactionnelle*, Dalloz, 2014-2015.

ROCHFELD ((J.)), *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2^e éd., 2013.

SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, 3^e éd., 2018.

SOLUS (H.), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé, t. 1*, Sirey, 1961.

TERRE (F.), SIMLER (P.), *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 11^e éd., 2013.

VIZIOZ (H.), *Études de procédure, I – Observations sur l'étude de la procédure civile*, 1931.

VOIRIN (P.), GOUBEUX (G.), *Droit civil, t. 1*, 39^e éd., 2019.

WERY (P.), *Droit des obligations, Vol. I, Théorie générale du contrat*, Larcier, 2^e éd., 2011.

WITZ (C.), *Droit privé allemand, t. 1, Actes juridiques et droits subjectifs*, Litec, 1992.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, 2014.

Répertoires

BARRET (O.), BRUN (P.), V^o « Vente : formation — Existence du consentement », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, oct. 2019 (actu. déc. 2019).

BRENNER (C.), LEQUETTE (S.), V^o « Acte juridique », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, févr. 2019.

CADIET (L.), LE TOURNEAU (P.), V^o « Abus de droit », *Rep. dr. civ.*, Dalloz, 2015, (actu. mai 2017).

CASSON (P.), V^o « Dommages et intérêts », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, févr. 2017, (actu. juill. 2020).

CHABAS (C.), V^o « Résolution, Résiliation », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, nov. 2018.

CHANTEPIE (G.), V^o « Contrat : effets – Rayonnement du contrat », *Rep. dr. civ.*, Dalloz, janv. 2018 (actu. janv. 2019).

CHANTEPIE (G.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), V^o « Déséquilibre significatif », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, mai 2019 (actu. sept. 2020).

CAYROL (N.), V^o « Référé civil – Saisine », *in Répert. proc. civ.*, Dalloz, mars 2016 (actu. janv. 2020).

DESHAYES (O.), V^o « Théorie des risques », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, juil. 2017 (actu. mai 2018).

DISSAUX (N.), V^o « Contrat : Formation – Conclusion », *in Répert. civ.*, Dalloz, avr. 2017 (actu. juil. 2020).

EUDIER (F.), GERBAY (N.), V^o « Jugement », *in Répert. proc. civ.*, Dalloz, oct. 2018 (actu. déc. 2019).

LARDEUX (G.), V° « Preuve : les règles de preuve — Règles techniques », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, oct. 2018 (actu. juin 2019).

LE TOURNEAU (P.), **POULMAREDE (M.)**, V° « La bonne foi dans l'exécution du contrat », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, janv. 2017, (actu. avr. 2019).

MAZEAUD (D.), **LATINA (M.)**, V° « Lésion », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, avr. 2018.

PICOD (Y.), V° « Nullité », *in Répert. dr. civ.*, Dalloz, juil. 2019.

SEILLER (B.), V° « Acte administratif : identification », *in Répert. de contentieux adm.*, Dalloz, juil. 2020.

Dictionnaires

Adages du droit français, **ROLAND (H.)** et **BOYER (L.)**, Litec, 1999.

Dictionnaire de droit administratif, **VAN LANG (A.)**, **GONDOUIN (G.)**, **INSERGUET-BRISSET (V.)**, Sirey, 7^e éd., 2015.

Dictionnaire de la culture juridique, dir. **ALLAND (D.)** et **RIALS (D.)** Lamy, PUF, 2003.

Dictionnaire du contrat, **MAZEAUD (D.)**, **BOFFA (R.)**, **BLANC (N.)**, LGDJ, 2018.

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, dir. **ARNAUD (A.-J.)**, Anthologie du droit, LGDJ, 2018.

Dictionnaire historique de la langue française, dir. **REY (A.)**, Le Robert, 2006.

Vocabulaire juridique, **CORNU (G.)**, Association Henri Capitant, 12^e éd., 2018.

Vocabulaire technique et critique de la philosophie, dir. **LALANDE (A.)**, Quadrige, PUF, 2010.

II. Ouvrages spéciaux : Thèses et monographies

ALVAREZ (I.), *Essai sur la notion d'exécution contractuelle*, L'Harmattan, 2017.

AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, préf. **L. CADIET**, Dalloz, 2002.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. **L. Aynès**, Economica, 2002.

ANCEL (P.), *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse Dijon, dir. **G. Couturier**, 1978.

ARIBI (I.), *Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne*, dir. **D. LEFEBVRE**, thèse Grenoble, 1994.

ASCENSI (L.), *Du principe de la contradiction*, préf. **L. CADIET**, LGDJ, 2006.

ATIAS (C.), *De la difficulté contemporaine à penser le droit, Leçons de philosophie du droit*, préf. **F. ROUVIERE**, avant-propos **P. BONFILS**, PUAM, 2016.

ATTUEL-MENDES (L.), *Consentement et actes juridiques*, dir. **J. RAYNARD**, préf. **E. LOQUIN**, Litec, 2008.

AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. **J. FLOUR**, LGDJ, 1970.

AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préf. P. Malaurie, Économica, 1984.

BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 2005.

BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. Raynaud, Économica, 1986.

BATIFFOL (H.), *Problèmes de bas de philosophie du droit*, LGDJ, 1979.

BAYDOUN (A.), *L'obligation alternative*, dir. C. LARROUMET, thèse Paris II, 2005.

BEHAR-TOUHAIS (M.), *Le décès du contractant*, préf. G. CHAMPENOIS, Économica, 1988.

BEN HADJ YAHIA (S.), *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, 2013.

BENTHAM (J.), *Traité de législation civile et pénale*, préf. M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST, E. DE CHAMPS, 1802, Dalloz, 2010.

BICHERON (F.), *La dation en paiement*, préf. M. GRIMALDI, Panthéon-Assas, 2006.

BOISMAIN (C.), *Les contrats relationnels*, préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2005.

BOULAIRE (J.), *Bona fides, Contribution à l'étude des fondements du principe de bonne foi en droit français*, thèse dactyl., Lille II, 2006 .

BOYER (L.), *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Sirey, 1947.

BRACONNAY (N.), *La justice et les institutions juridictionnelles*, La Documentation française, 3^e éd., 2019.

BRENNER (C.), *L'acte conservatoire*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1999.

CABRILLAC (R.), *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1990.

CASSIEDE (M.), *Les pouvoirs contractuels, Étude de droit privé*, dir. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, thèse dactyl., Bordeaux, 2018.

CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1961.

CHAABAN (R.), *La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2006.

CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, préf. J. GHESTIN, avant-propos D. MAZEAUD, LGDJ, 2002.

CHENEDE (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, Économica, 2008.

CHENUT (C.-H.), *Le contrat de consortium*, préf. A. BENABENT, LGDJ, 2003.

COMPARATO (F. K.), *Essai d'une analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964.

CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *L'intuitu personae dans les contrats*, thèse dactyl., Paris II, 1974.

CORGAS-BERNARD (C.), *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, préf. C. JAMIN, PUAM, 2006.

COTTET (M.), *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, préf. J. ROCHFELD, LGDJ, 2013.

COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, préf. J. Flour, LGDJ, 1972.

DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2008, préf. C. ATIAS. *Théorie générale du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2^e éd., 1953.

DANOS (F.), *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, Économica, 2007.

DARMAISIN (S.), *Le contrat moral*, préf. B. TEYSSIE, LGDJ, 2000.

DELEBECQUE (P.), *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, PUAM, 1981.

DEL VECCHIO (G.), *Philosophie du droit*, 1953, Dalloz, rééd. 2004, prés. D. GUTMANN.

DEPREZ (J.), *La rétroactivité dans les actes juridiques*, thèse Rennes, 1953.

DERRUPE (J.), *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. MAURY, thèse Toulouse, 1952.

DESGORCES (R.), *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, dir. D. TALLON, thèse dactyl., Paris II, 1992.

DESHAYES (O.), *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004.

DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000.

DIEGUEZ, DE, (M.) *Le mythe rationnel de l'Occident*, PUF, 1980.

DOMAT (J.), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1723.

DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, préf. P. TERCIER, LGDJ, 1985.

DUGUIT (L.), *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, rééd. Dalloz, 2003, préf. F. MODERNE.

DUPEYRON (C.), *La régularisation des actes nuls*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, 1973.

DUPRE DE BOULOIS (X.), *Le pouvoir de décision unilatérale, Étude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996.

ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, préf. T. Revet, LGDJ, 2008.

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992. *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997.

FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996.

FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, préf. P. REMY, LGDJ, 2003.

FERRIE (S.-M.), *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur d'un renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRJS, 2018.

FIN-LANGER (C.), *L'équilibre contractuel*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2002.

FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. LEDUC, Dalloz, 2012.

FRANÇOIS (C.), *L'acte juridique irrégulier efficace, Contribution à la théorie de l'acte juridique*, dir. T. REVET, thèse dactyl. Paris I, 2017.

FRANÇOIS (S.), *Le consentement de la personne morale*, préf. B. FAGES, LGDJ, 2020.

GADHOUN (P.-Y.), *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. ROUSSEAU, Dalloz, 2008.

GAILLARD (E.), *La notion de pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Économica, 1985.

GALBOIS (D.), *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, dir. Y. LEQUETTE, thèse dactyl. Paris II, 2018.

GAUDEMET (S.), *La clause réputée non écrite*, préf. Y. LEQUETTE, Économica, 2006.

GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2007.

GHESTIN (J.), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. Boulanger, LGDJ, 1963. *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Étude de droit civil français*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1980.

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris LGDJ 1960.

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, Dalloz, rééd. 2003, prés. J.-P. LEVY.

GORPHE (F.), *Le principe de la bonne foi*, Dalloz, 1928.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912.

GOUT (O.), *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. P. ANCEL, PUAM, 1999.

GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, préf. C. OPHELE, Université de Poitiers et LGDJ, 2006.

GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, dir. J. GHESTIN, thèse dactyl., Paris I, 2000.

GUERLIN (C.), *L'attente légitime du contractant*, dir. D. GUTMAN, thèse dactyl., Amiens, 2008.

GUILLEMAIN (C.), *Le trouble en droit privé*, préf. P. CONTE, PUAM, 2000.

HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, éd. Panthéon-Assas, 2017.

HALLOUIN (J.-C.), *L'anticipation, Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, thèse Poitiers, 1979.

HAMELIN (J.-F.), *Le contrat-alliance*, préf. N. MOLFESSIS, Économica, 2012.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971.

HELLERINGER (G.), *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, préf. L. AYNES, postf. F. TERRE, LGDJ, 2012.

HENRY (M.), *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, préf. P. MAYER, avant-propos J.-D. BREDIN, LGDJ, 2001.

- HONTEBEYRIE (A.)**, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. L. AYNES, Économica, 2004.
- HOUIN (B.)**, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse Paris II, 1973.
- HOUTCIEFF (D.)**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. I&II, préf. H. MUIR WATT, PUAM, 2001.
- HUET (J.)**, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, dir. J. FLOUR, thèse dactyl., Paris II, 1978.
- IHERING, VON (R.)**, *L'esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. O. de Meulenaere, 3^e éd., A. Marescq, Paris, 1886.
- JABBOUR (R.)**, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. AYNES, LGDJ, 2016.
- JACQUES (P.)**, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, pref. F. CHABAS, Dalloz, 2005
- JALUZOT (B.)**, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, préf. F. FERRAND, Dalloz, 2001.
- JAOUEN (M.)**, *La sanction prononcée par les parties au contrat*, préf. D. Mazeaud, Économica, 2013.
- JAPIOT (R.)**, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, 1909, Paris La Mémoire du droit, 2017.
- JESTAZ (P.)**, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. RAYNAUD, LGDJ, 1968.
- JEULAND (E.)**, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. CADIET, LGDJ, 1999.
- JUILLET-REGIS (H.)**, *La force obligatoire du contrat, Réflexion sur l'intérêt au contrat*, dir. B. TEYSSIE, thèse dactyl. Paris II, 2015.
- JOSSERAND (L.)**, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd. 1939, rééd. Dalloz, préf. D. Deroussin, 2006. *Essai de téléologie juridique II, Les mobiles dans les actes du droit privé*, Dalloz, 1928.
- KARAMI (A.)**, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, préf. P. SIMLER, LGDJ, 2001.
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, 1962, trad. C. EISENMANN, LGDJ, 1999.
- LABARTHE (F.)**, *La notion de documents contractuels*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1994.
- LAITHIER (Y.-M.)**, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, LGDJ, 2004.
- LANZARA (D.)**, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, préf. Y. STICKLER, LGDJ, 2017.
- LAOUENAN (O.)**, *Les délais prefix*, dir. J. Hauser, thèse Bordeaux, 2002.
- LAPP (C.)**, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse Strasbourg, 1950.
- LATINA (M.)**, *Essai sur la condition en droit des contrats*, préf. D. MAZEAUD, LGDJ, 2009.
- LAURENT (J.)**, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, LGDJ, 2012.

- LAVEFVE LABORDERIE (A.-S.)**, *La pérennité contractuelle*, préf. C. Thibierge, LGDJ, 2005.
- LE GAC-PECH (S.)**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000.
- Le GARS (A.)**, *La déchéance des droits en droit privé français*, dir. C. SAINT-ALARY-HOUIN, thèse dactyl., Toulouse I, 2003.
- LE NABASQUE (H.)**, *Le pouvoir dans l'entreprise, Essai sur le droit de l'entreprise*, Rennes I, 1986.
- LEFER (C.)**, *Les droits potestatifs dans le contrat de travail*, dir. J.-M. Olivier, thèse Paris 2, 2016.
- LEMAY (P.)**, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. Chassagnard-Pinet, avant-propos G. Chantepie, Mare & Martin, 2014.
- LECOMPTE (H.)**, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, Thèse, Paris, 1930.
- LEQUETTE (S.)**, *Le contrat-coopération*, préf. C. Brenner, Économica, 2012.
- LEVENEUR-AZEMAR (M.)**, *Études sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2017.
- L'HUILLIER (L.)**, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, thèse, Genève, 1947.
- LITTY (O.)**, *Inégalité des parties et durée du contrat, Étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999.
- LIMBACH (F.)**, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, préf. C. WITZ, avant-propos S. PERUZZETTO, LGDJ, 2004.
- LOKIEC (P.)**, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004.
- LOYSEL (A.)**, *Institutes coutumières*, Paris, 1607.
- LUCAS-PUGET (A.-S.)**, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005.
- LUXEMBOURG (F.)**, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. GHOZI, LGDJ, 2007.
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.)**, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1951.
- MAURIN (L.)**, *Contrat et droits fondamentaux*, avant-propos R. CABRILLAC, préf. E. PUTMAN, LGDJ, 2013.
- MAYER (L.)**, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préf. L. CADIET, IRJS éditions, 2009.
- MAZEAUD (D.)**, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, 1992.
- MEKKI (M.)**, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, pref. J. Ghestin, LGDJ, 2004.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (B.)**, *Le juge des référés et le contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2000.
- MESTRE (J.)**, *La subrogation personnelle*, dir. P. KAYSER, LGDJ, 1979.

- MIRABAIL (S.)**, *La rétractation en droit privé français*, préf. J.-P. Marty, LGDJ, 1997.
- MOGRABI (N. H.)**, *La mise en demeure*, dir. D. TALLON, thèse dactyl., Paris II, 1976.
- MORETEAU (O.)**, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime : éléments d'un renouveau du droit de la responsabilité (droit anglais et droit français)*, thèse dactyl., Lyon III, 1990.
- MORON-PUECH (B.)**, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, préf. D. FENOUILLET, LGDJ, 2020.
- MOTULSKY (H.)**, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, Dalloz, 2002.
- MOULY-GUILLEMAUD (C.)**, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, préf. D. FERRIER, avant-propos C. ATIAS et R. CABRILLAC, LGDJ, 2006.
- NAJJAR (I.)**, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967.
- OST (F.)**, *Droit et intérêt*, Vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002. *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.
- OVERSTAKE (J.-F.)**, *Essai de classification des contrats spéciaux*, préf. J. BRECHE DE LA GRESSAYE, LGDJ, 1969.
- PANCRAZI-TIAN (M.-E.)**, *La protection judiciaire du lien contractuel*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1996.
- PEGLION-ZIKA (C.-M.)**, *La notion de clause abusive, Étude de droit de la consommation*, préf. L. LEVENEUR, LGDJ, 2018.
- PENIN (O.)**, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2012.
- PERELMAN (C.)**, *Ethique et droit*, Université de Bruxelles, 2^e éd., 2012.
- PERES-DOURDOU (C.)**, *La règle supplétive*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004.
- PICHARD (M.)**, *Le droit à. Etude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006.
- PILLET (G.)**, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, préf. P. JOURDAIN, Bibl. de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2004.
- PIMONT (S.)**, *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004.
- POTHIER (R.-J.)**, *Œuvres de Pothier*, Paris, 1825.
- POVOA (M.)**, *L'unilatéralisme au sein du contrat, Regard brésilien sur la nature et le régime des prérogatives contractuelles unilatérales en droit français*, dir. Y. LEQUETTE, thèse dactyl. Paris II, 2019.
- RANOUIL (V.)**, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-P. LEVY, PUF, 1980.
- RIPERT (G.)**, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955. *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.
- ROCHFELD (J.)**, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, 2011.
- ROGUIN (E.)**, *La science juridique pure*, t. I et II, Paris, LGDJ, 1923.

- ROUBIER (P.)**, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^e éd., 1951, rééd. Dalloz, préf. D. DEROUSSIN, 2005. *Droits subjectifs et situations juridique*, Sirey, 1963, rééd. Dalloz, préf. D. DEROUSSIN, 2005.
- ROUHETTE (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965.
- ROUJOU DE BOUBEE (G.)**, *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. MARTY, LGDJ, 1961.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, *Le droit de préemption*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1979.
- SALEILLES (R.)**, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, 1901. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 3^e éd. 1925, Éditions La Mémoire du Droit, 2001.
- SAVAUX (E.)**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, préf. J.-L. AUBERT, LGDJ, 1997.
- SAVIGNY (F.)**, *Le droit des obligations*, 2^e éd. 1873, rééd. Université de Poitiers, prés. M. BOUDOT, LGDJ, 2008.
- SCAPEL, (J.)**, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. Jourdain, PUAM, 2002.
- SEFTON-GREEN (R.)**, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2000.
- SEJEAN (M.)**, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. HOUTCIEFF, LGDJ, 2011.
- SICHEL (L.)**, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl., Paris 1, 2011.
- SIMLER (P.)**, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ, 1969.
- SIRI (A.)**, *Le mutuus dissensus, Notion – Domaine – Régime*, préf. R. Bout, avant-propos P. STOFFEL-MUNCK, PUAM, 2015.
- SONET (A.)**, *Le préavis en droit privé*, préf. F. BUSSY, PUAM, 2003.
- STOFFEL-MUNCK (P.)**, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000. *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.
- STORCK (M.)**, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1980.
- SUPIOT (A.)**, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.
- TADROS (A.)**, *La jouissance des titres sociaux d'autrui*, préf. T. Revet, Dalloz, 2013.
- TERRE (F.)**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957.
- THEODORESCO (A.-R.)**, *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français*, Paris, 1923.
- THEZARD (L.)**, *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier D'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Auguste Durand, 1866.
- THIBIERGE (C.)**, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992.

- THIBIERGE (L.)**, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011.
- TISSEYRE (S.)**, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2012.
- TOSI (I.)**, *Acte translatif et titularité des droits*, thèse dactyl., Montpellier I, 2003.
- VALIERGUE (J.)**, *Les conflits d'intérêts en droit privé, Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. WICKER, thèse dactyl. Bordeaux, 2017.
- VALLIMARESCO (A.)**, *La justice privée en droit moderne*, préf. R. DEMOGUE, thèse, Paris, 1926.
- VALORY (S.)**, *La potestativité dans les relations contractuelles*, préf. J. MESTRE, avant-propos I. NAJJAR, PUAM, 1999.
- VILLEY (M.)**, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, rééd. Dalloz, prés. R. SEVE, 2002.
- VIONNET (G.)**, *L'exercice des droits formateurs*, thèse Lausanne, 2008.
- WICKER (G.)**, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, 1997.

IV. Articles et notes d'arrêts

- AGBENOTO (K.)** : « La cotitularité des droits », *LPA*, 15 juin 2011, n° 118, p. 4
- AKYUREK (O.)** (et M.-L. CARTIER-MARRAUD) : « Crise économique et révision des contrats », *Gaz. du. Pal.*, mai-juin 2009, p. 1865
- AMIEL-DONAT (J.)** : *JCP* 1992. II. 21889
- AMRANI-MEKKI (S.)** : « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois* 2003, n° 37688, p. 369. « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP G.* 2008.I.160. *D.* 2005. 2836 (et B. FAUVARQUE-COSSON). *D.* 2006. 2638. *D.* 2011. 472 (et B. FAUVARQUE-COSSON). *D.* 2012. 459 (et M. MEKKI). *D.* 2015. 529 (et M. MEKKI).
- ANCEL (F.)** : « Quel juge pour le contrat du XXI^e siècle ? », *D.* 2017. 721
- ANCEL (N.)** : « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016. 408
- ANCEL (P.)** : « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E. Cahiers de droit de l'entreprise*, 1998/6. 30. « Force obligatoire et contenu obligationnel », *RTD civ.* 1999. 771. « La force obligatoire, jusqu'où faut-il la défendre ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2002, p. 162. « Le juge et l'inexécution du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, dir. F. Collart Dutilleul et C. Coulon, Economica, 2007, p. 103. « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ? », in *La contractualisation de la production normative*, dir. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Dalloz, 2008, p. 307. « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat, retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2017 » in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, LexisNexis, Dalloz, 2011, p. 61.

« Imprévision et bonne foi en droit comparé », *RDC* 2017. 546. « Sur une approche nominaliste du contrat », in *Mélanges en l'honneur de F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 5.

ANDREU (L.) : « Le nouveau contrat d'adhésion », *AJ Contrat* 2018. 262

ATIAS (C.) : « qu'est ce qu'un contrat », in *Droit et économie des contrats*, dir. C. JAMIN, LGDJ, 2008, p. 3. *D.* 1989. 351. « Nul ne peut se prévaloir... » *D.* 1999. 218

AUBERT (J.-L.) : « Les relations entre bailleurs et locataires en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco-belges*, dir. J. GHESTIN et M. FONTAINE, LGDJ, 1996, p. 160. *Defrénois* 1971, n° 29941, p. 1049. *Defrénois* 1971, n° 30005, p. 1264. *Defrénois* 1977, n° 31350, p. 456. *Defrénois* 1977, n° 31522, p. 1248. *Defrénois* 1990, 34750, p. 361. *D.* 1991. 317. *D.* 1992. 3999. *D.* 1993. 295. *Defrénois* 1998, n° 36815, p. 734. *Defrénois* 2006, n° 38431, p. 1194.

AUBERT DE VINCELLES (C.) : « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006. 2629.

AUBRY (H.) : « L'apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RID comp.* 2005. 628.

AYNES (L.) : « Propos introductif », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1999, p. 3. « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.* 1993. 25. « Cession de contrat : nouvelle précision sur le rôle du cédé », *D.* 1998. 26. « Le devoir de renégocier », *RJ com.* nov. 1999, p. 11. « L'obligation de loyauté », in *Arch. philo. dr.* 2000, t. 44, p. 195. « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2003. 323. « Rapport de synthèse », in « Durées et contrats », *RDC* 2004. 201. « Motivation et justification », *RDC* 2004. 555. « Rupture unilatérale du contrat », *RDC* 2004. 275. « Rapport introductif », in « L'exécution en nature ou par équivalent du contrat », *RDC* 2005. 9. « L'imprévision en droit privé », *RJ com.* 2005. 397. « Vers une déontologie du contrat ? », Conférence à la Cour de cassation, 11 mai 2006. « Rapport de synthèse », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, Thèmes&Commentaires, Dalloz, 2008, p. 151. « Rapport introductif », in « Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique », *RDC* 2010. 380. « Mauvaise foi et prérogative contractuelle », in « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 687. « La cession de contrat », *Dr. et patr.*, n° 249, Juil./Août 2015, p. 73. « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? » *RDC* 2016. 14. « Synthèse », in *Les nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants*, *RDC* 2018. 528. *D.* 1992. 278. *D.* 1995. 87. *D.* 1987. 454. *D.* 1995. 122. *D.* 1996. 13. *D.* 1996. 113. *RDC* 2007. 1107. *Defrénois* 2010, n° 39170, p. 2123. *Dr. et patr.* 2010, n° 194, p. 106. *Dr. et patr.* Fév. 2011, p. 68 (et P. STOFFEL-MUNCK). *Dr. et patr.* 2006. 92 (et P. STOFFEL-MUNCK).

BAILLOD (R.) : « À propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p. 15

BALAT (N.) : « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016. 751

BANDRAC (M.) : « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *RDC* 2008. 1413

BARBIER (H.) : « Le terme implicite au secours d'obligations encourant la perpétuité ! », *RTD civ.* 2015. 619. « De la diversité des sanctions du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : responsabilité pour l'article L. 442-6, I, 2^e mais *pas de réputé non écrit*, et requalification pour les promesses de contrat », *RTD civ.* 2016. 852. « Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle », *RTD civ.* 2018. 379. « L'abus de droit par abstention : vers un devoir

d'exercer son droit », *RTD civ.* 2019. 325. *RTD civ.* 2015. 123. *RTD civ.* 2015. 381. *RTD civ.* 2016. 122. *RTD civ.* 2016. 605. *RTD civ.* 2017. 383. *RTD civ.* 2017. 643. *RTD civ.* 2017. 854. *RTD civ.* 2017. 858. *RTD civ.* 2018. 398. *RTD civ.* 2018. 401. *RTD civ.* 2017. 859. *RTD civ.* 2018. 875. *RTD civ.* 2018. 878. *RTD civ.* 2019. 100. *RTD civ.* 2019. 325. *RTD civ.* 2019. 570. *RTD civ.* 2019. 577. *RTD civ.* 2019. 851.

BARRET (O.) : « Vente : formation », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janv. 2007, actu. mai 2018

BATTIFOL (H.) : « La "crise du contrat" et sa portée », *Arch. de philo. du dr.*, t. XIII, Sirey, 1968, p. 13. « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35.

BECQUE-ICKOWICZ (S.) : « *Disputatio S. versus S.* : pour ou contre la nullité conventionnelle ? », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 45 (et S. CABRILLAC).

BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution », in *L'efficacité du contrat*, dir. G. LARDEUX, coll. Thèmes&Commentaires, Dalloz, 2001, p. 21. « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, Économica, 2001. « Motivation et agrément », *RDC* 2003. 152. « De la sanction du déséquilibre significatif dans les contrats conclus notamment avec la grande distribution », *RLC* oct.-déc. 2008, n° 17, p. 45. « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce », *RDC* 2009. 1258. « Le contenu du contrat », in « Secret et contrat », *RDC* 2013. 756. « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G.* 2015.II.603. « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G.* 2016. 391. *RDC* 2003. 154. *RLC* 2010. 1584. *RDC* 2015. 67. *RDC* 2015. 293.

BENABENT (A.) : « Rapport français », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XLIII, Litec, 1992, p. 291. « La prolongation du contrat », in « Durées et contrats », *RDC* 2004. 117. Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007. 1800. « Le discrétionnaire », in *Études offertes au Professeur P. Malinvaud*, Litec, LexisNexis, 2007, p. 11. « Observations finales », in « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2010. 746. « Présentation », in *Les nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants*, *RDC* 2018. 503. *Defrénois* 1997, n° 36703, p. 1433.

BERLIOZ-HOUIN (B.) : « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *Études offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3

BESSON (A.) : « La notion de déchéance en matière d'assurance », *RGAT* 1936. 225.

BILLIAU (M.) : *D.* 2002. 984. *JCP G.* 2006.II.10181.

BLANC (N.) : « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016. 394. « L'équilibre du contrat d'adhésion », *RDC* 2019. 155

BLATTER (J.-P.) : *AJDI* 2019. 122. *AJDI* 1999.909. *AJDI* 2019. 694.

BOFFA (R.) : « Juste cause (et injustes clauses) », *D.* 2015. 335. *D.* 2006. 2656.

BORE (J.) : « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972. 249

BORGHETTI (J.-S.) : « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, 2008, LGDJ, p. 145. « La qualification de la clause pénale », *RDC* 2008. 1171. « La responsabilité

du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010. 1. « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoires des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC* 2016. 787.

BOULANGER (J.) : « Principes généraux du droit et droit positif », in *Études offertes à G. Ripert, Le droit privé au milieu du XX^e siècle* », T. 1, LGDJ, 1950, p. 50.

BOULOC (B.) : *RTD com.* 1994. 347. *RTD com.* 1996. 112. *RTD com.* 1996. 316. *RTD com.* 2003. 561. *RTD com.* 2005. 828. *RTD com.* 2007. 437. *RTD com.* 2008. 173. *RTD com.* 2011. 167. *RTD com.* 2011. 791. *RTD com.* 2015. 144. *RTD com.* 2016. 834. *RTD com.* 2018. 184.

BOURGEON (C.) : « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC* 2005. 109. *RTD com.* 1997. 7

BOUTEILLE (M.) : « Regard critique sur la modalité conditionnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *D.* 2008, chr. 1848

BOYER (L.) : « Les promesses synallagmatiques de vente », *RTD civ.* 1949. 1. « La clause de dédit », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 41.

BRETZER (J.-D.) : « User des prérogatives contractuelles », *JCP E* 2016. 1315 (et P. DUPICHOT, M. THOMAS)

BRIAND (P.) : « La cotitularité des obligations », *Dr. et patr.* 2016, n° 258, p. 80.

BRICOUT (Rapport de M. le conseiller) : *D.* 1929.I.143.

BRIERE DE L'ISLE (G.) : « De la notion de contrat successif », *D.* 1957. 153.

BROUSSEAU (E.) : « La sanction adéquate en matière contractuelle », Cycle de conférences « Droit, économie, justice », organisé du 1^{er} mars 2004 au 21 juin 2006 à la Cour de cassation, t. III, Droit *in-situ*, 2004

BRUGEILLES (R.) : « Le droit et l'obligation ou le rapport juridique », *RTD civ.* 1909. 293.

BRUN (P.) : *D.* 1997. 341. *RDC* 2007. 1203. *D.* 2011. 35,

BUS (J.-P.) : « À la recherche des conditions purement potestative : le cas des ventes immobilières », *RDI* 2000. 9.

BUY (F.) : « Les discriminations dans les relations commerciales », in *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 183. « La modification unilatérale à l'épreuve des pratiques commerciales déloyales », *AJ contrat* 2020. 271. *JCP E.* 2012. 1443. *D.* 2014. 2329. *D.* 2015. 1021. *D.* 2017. 481. *AJ contrat* 2019. 433.

CABANIS (A.) : « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 171

CABRILLAC (M.) : *RTD com.* 1989. 507 (et B. TEYSSIE).

CABRILLAC (R.) : « La motivation des actes individuels : le contrat », *Lamy Dr. civ.*, n° 89, 1^{er} janv. 2012, p. 91

CABRILLAC (S.) : « *Disputatio S. versus S.* : pour ou contre la nullité conventionnelle ? », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 45 ((et S. BECQUE-ICKOWICZ).

CADIET (L.) : « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence*, PUAM, 1990, p. 193. « Les jeux du contrat et du procès », in *Mélanges*

en l'honneur de G. Farjat, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 23. « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au XXI^e siècle*, LGDJ, 2011, p. 177.

CALAIS-AULOY (J.) : « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur d' Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171.

CAILLE (A.) : « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2002, p. 27

CAPITANT (H.) : « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928. 365. « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D.* 1935. 77.

CARBONNIER (J.) : *RTD civ.* 1954. 666.

CARVAL (S.) : « Article 1231-3 : limitation de la responsabilité contractuelle au dommage prévu ou prévisible », *RDC* 2015. 791

CARTIER-MARRAUD (M.-L.) : « Crise économique et révision des contrats », *Gaz. du. Pal.*, mai-juin 2009, p. 1865 (et O. AKYUREK).

CATALA (P.) : « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966. 185. « La renégociation des contrats », *Mélanges offerts à P. Didier*, Économica, 2008, p. 91.

CATTALANO (G.) : « Pas de réputé non écrit sans texte ? », *RDC* 2018. 130. *LEDC* mars 2017, p. 1.

CAYLA (O.) : « Ouverture : La qualification ou la vérité du droit », in *Droits*, n° 18, p. 11

CEDRAS (J.) : « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985. 265. « Liberté, égalité, contrat, Le solidarisme en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2003*, La documentation française, 2004, p. 215.

CHAGNY (M.) : « La confiance dans les relations d'affaires », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, Thèmes&Commentaires, Dalloz, 2008, p. 35. « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC* 2009. 1268 (ET C. LUCAS DE LEYSSAC). « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD com.* 2013. 500. *JCP G.* 2005.I.114. *RLDC* 2010, n° 2, p. 99. *RTD com.* 2014. 785. *RTD com.* 2015. 486. *RTD com.* 2017. 593.

CHANTEPIE (G.) : « Le consentement de l'adhérent », *RDC* 2019. 140. *AJCA* 2015. 218.

CHARBONNEAU (C.) : « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, P. JOURDAIN et P. WERY (dir.), Schulthess et Bruylant, 2010, p. 173 (et E. JEULAND).

CHAZAL (J.-P.) : « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil », *RTD civ.* 2001. 265. « Tout n'est-il pas contractuel dans le contrat ? », *RDC* 2004. 237.

CHEMINADE : « Une question toujours actuelle : la nature juridique du congé en matière de louage de choses et de services », *RTD civ.* 1972. 307.

CHENEDE (F.) : « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », in « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 709. « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », *RDC* 2012. 1017. « Napoléon Bonaparte, Lésion et violence », *RDC* 2014. 527. « La réduction du prix », *RDC* 2017. 571.

CHIFFLOT (N.) : « Les prérogatives de puissance publique. Une proposition de définition », *in La puissance publique*, Association française pour la recherche en droit administratif, Travaux de l'AFDA-5, LexisNexis 2012, p. 173.

CHONE-GRIMALDI (A.-S.) : *JCP G* 2014. 2319.

COHEN (D.) : « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », *in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Université Paris II Panthéon-Assas, Dalloz, 2004, p. 517. *JCP G* 1997. II. 22881.

COHET-CORDEY (F.) : *AJDI* 2007. 594. *AJDI* 2012. 780. *AJDI* 2013. 861.

COLLART DUTILLEUL (F.) : « La durée des promesses de contrats », *in Colloque « Durées et contrats »*, *RDC* 2004. 1

COMBACAU (J.) : « Ouverture », *in Droits*, n° 7, *L'acte juridique*, PUF, 1988, **PAGE ?**

CORNU (G.) : « Les définitions dans la loi », *in Mélanges dédiés à J. Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77. « L'élaboration du Code de procédure civile », *in La codification*, Dalloz, 1996, p. 72. *RTD civ.* 1963. 572. *RTD civ.* 1968. 735. *RTD civ.* 1969. 140. *RTD civ.* 1971. 172. *RTD civ.* 1977. 340. *D.* 1977. 125. *RTD civ.* 1980. 781.

COUTURIER (G.) : « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *in Études offertes à Jacques Flour*, Répert. du notariat Defrénois, 1979, p. 95. « L'intérêt de l'entreprise », *in Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992, p. 143.

CROCQ (P.) : *RTD civ.* 2010. 595. *D.* 2011. 406. *RTD civ.* 2012. 755.

DADOUN (A.) : « Le spectre de l'adage “pas de nullité sans texte” en droit des contrats », *in « Pas de nullité sans texte »*, *RDC* 2018. 139.

DAGORNE-LABBE (Y.) : *LPA* 3 juil. 1996, p. 36. *JCP G* 2002.II.10094. *Defrénois* 2008, 38701, p. 61. *JCP G* 2009.II.10047.

DAMAS (N.) : *D.* 2013. 863. *AJDI* 2018. 279.

DELANGLE (C.) : « Le nouveau dispositif du Code civil consacré au contrat d'adhésion », *JCPE* 2017. 1452,

DELEBECQUE (P.) : « L'anéantissement unilatéral du contrat », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999, p. 61. « Le droit de rupture unilatérale du contrat, genèse et nature », *Dr. et patr.*, avr. 2004, p. 56. « Prérogatives contractuelles et obligations essentielles », *in « Les prérogatives contractuelles »*, *RDC* 2011, p. 681. « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *Dr. et patr.* Juin 2016, p. 62. *Defrénois* 1994, n° 35845, p. 795. *RDI* 1995. 367. *Defrénois* 1995, n° 36024, p. 310. *Defrénois* 1996, n° 36434, p. 1340. *Defrénois* 1997, 1997, n° 36591, p. 740. *D.* 1999. 115. *D.* 2005. 2392. *RDC* 2005. 752. *D.* 2005. 185. *RTD com.* 2005. 188. *RLDC* 2008/46, p. 6. *D.* 2010. 2679. *JCPE* 2011. 42. *D.* 2011. 2891.

DELPECH (X.) : *D.* 2005. 883. *D.* 2005. 2670. *D.* 2007. 1723. *D.* 2007. 1955. *D.* 2009. 723. *D.* 2010. 2156.

DEMOGUE (R.) : « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905. 723. « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906. 231. « Des modifications au contrat par volonté unilatérale », *RTD civ.* 1907. 245

DEREUX (G.) : « La nature juridique des “contrats d'adhésion” », *RTD civ.* 1910. 503.

DEROUSSIN (D.) : « Pas de nullité sans texte. Éléments pour une archéologie d'une directive », *in « Pas de nullité sans texte »*, *RDC* 2018. 145.

DERRUPPE (J.) : *D.* 1992. 3. *RDI* 1999. 470.

DESHAYES (O.) : « Le préjudice réparable en cas de rupture fautive d'une relation commerciale établie », *RLDA* 2010/51, p. 98. « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *in* « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 726. *RTD civ.* 2012. 806. *RDC* 217. 429. *D.* 2017. 1583 (et A. TADROS).

DIDIER (P.) : « Le consentement avec l'échange, le contrat de société », *RJ com.* 1995.75. « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 635

DION (N.) : « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999. 195

DISSAUX (N.) : « Les clauses de modification unilatérale du contrat », *AJ contrat* 2020. 260. *D.* 2015. 2478.

DOCKES (E.) : « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. Social*, 1994. 227.

DROSS (W.) : « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007. 701. « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011. 25. « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.* 2012. 419. « Effets du contrats de transaction entre les parties », *in La transaction, Propositions en vue de la réforme du Titre XV, Livre troisie du Code civil "Des transactions" », dir. W. DROSS et B. MALLET-BRICOURT, La documentation Française, 2014, p. 171.*

DUMONT-LEFRAND (M.-P.) : *D.* 2016. 1613. *D.* 2017. 1572. *D.* 2019. 1511.

DUPICHOT (J.) : « Pour un retour aux textes : défense et illustration des articles 1156 à 1164 du code civil, *in Mél. J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 179

DUPICHOT (P.) : « User des prérogatives contractuelles », *JCP E* 2016. 1315 (et J.-D. BRETZER, M. THOMAS).

DURAND (P.) : « La notion juridique d'entreprise », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 3, 1947, p. 45.

DURY (G.) : *RTD civ.* 1981. 859.

DUVERT (C.) : « La propriété collective », *LPA* 6 mai 2002, p. 4

ESMEIN (P.) : *JCP G* 1953.II.7677. *D.* 1961. 146. *D.* 1964. 93.

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.) : « Le temps et le contrat », *in Le temps et le droit*, Association Henri Capitant, t. XVIII, Dalloz, 2014, p. 43. « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016. 384. « La validité des prérogatives contractuelles après la réforme du droit des contrats », *D.* 2017. 1312. « L'interprétation du contrat d'adhésion », *RDC* 2019. 146. *D.* 2019. 1033.

EYRAUD (B.) : « Consentir sous tutelle. La place du consentement chez les majeurs placés sous mesure de protection », *Rev. sc. hum.* 14/2008, p. 103 (et P. VIDAL-NAQUET).

FABRE (R.) : « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983. 1

FABRE-MAGNAN (M.) : « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996. 85. « Introduction », *in La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. IV, LGDJ, 2001, p. 1. « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004. 573. « L'obligation de motivation en droit des contrats », *in Études offerts à J. Ghestin, Le contrat au XX^e siècle*, LGDJ, 2011, p. 301. « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », *RDC* 2012. 1430. « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 2015. 639. « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015. 826. *JCP G* 1997. I. 4002.

FAGES (B.) : « Le contrat en mouvement : négociation, rédaction, devenir », *Dr. et patr.*, juin 1999, n° 72, p. 58. « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la chose des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2002, p. 153. « Des motifs de débat... », *RDC* 2004. 363. *RTD civ.* 2007. 569. *RTD civ.* 2007. 773. *RTD civ.* 2008. 675. *RTD civ.* 2009. 317. *RTD civ.* 2009. 527. *RTD civ.* 2009. 529. *RTD civ.* 2010. 105. *RTD civ.* 2010. 555. *RTD civ.* 2010. 778. *RTD civ.* 2010. 782. *RTD civ.* 2011. 346. *RTD civ.* 2011. 760. *RTD civ.* 2012. 114. *RTD civ.* 2013. 324. Avec J. MESTRE : *RTD civ.* 2000. 326. *RTD civ.* 2000. 565. *RTD civ.* 2000. 568. *RTD civ.* 2000. 830. ; *RTD civ.* 2001. 135. *RTD civ.* 2001. 137. *RTD civ.* 2001. 140. *RTD civ.* 2001. 585. *RTD civ.* 2001. 587. *RTD civ.* 2001. 589. *RTD civ.* 2002. 99. *RTD civ.* 2002. 809. *RTD civ.* 2003. 288. *RTD civ.* 2003. 697. *RTD civ.* 2003. 705. *RTD civ.* 2004. 92. *RTD civ.* 2004. 285. *RTD civ.* 2004. 731. *RTD civ.* 2005. 127. *RTD civ.* 2005. 391. *RTD civ.* 2005. 594. *RTD civ.* 2005. 779. *RTD civ.* 2006. 302. *RTD civ.* 2006. 314. *RTD civ.* 2006. 556. *RTD civ.* 2006. 763. *RTD civ.* 2007. 345.

FAURE-ABBAD (M.) : « Article 1222 : la faculté de remplacement », *RDC* 2015. 784

FAVERAU (O.) : « Procéduralisation du droit et théorie économique », in *Démocratie et procéduralisation du droit*, dir. P. Coppens et J. Lenoble, *Travaux des XVI^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le centre de philosophie du droit*, Bruylant, 2000, p. 155. « Qu'est ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économiste », in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ, 2008, p. 22

FAUVARQUE-COSSON (B.) : « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Économica*, 2001, p. 3. « Le changement de circonstances », Colloque « Durées et contrats », *RDC* 2004. 67. *D.* 2005. 2836 (et S. AMRANI-MEKKI). *D.* 2005. 2843. *D.* 2007. 2966. *D.* 2007. 2972. *D.* 2011. 472 (et S. AMRANI-MEKKI). *D.* 2011. 483.

FENOUILLET (D.) : « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », in « Les prérogatives contractuelles », *RDC*. 2011. 644. « Le juge et les clauses abusives », *RDC* 2016. 358. « Choix d'option et droit de rétractation : les liaisons dangereuses », *RDC* 2018. 399. *RDC* 2009. 1430.

FERRIER (D.) : « Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004. 558. *D.* 1995. 69. *D.* 1995. 85. *RTD com.* 1997. 49. *D.* 1997. 59. *D.* 1998. 333. *D.* 2005. 148. *D.* 2011. 540. *D.* 2015. 943. *D.* 2016. 964.

FLAMENT (L.) : « Les clauses du contrat de travail liées au transfert des professionnels du sport », *RJES* 2009, n° 91 p. 135

FOMETEU (J.) : « La notion juridique de titularité : un essai de conceptualisation », *Lamy, Droit de l'immatériel*, n° 27, 1^{er} mai 2007

FONTAINE (M.) : « Obliegenheit, incombance ? », in *Liber amicorum Hubert Claassens*, Academia Bruylant, 1998, p. 151. « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : synthèse et perspectives », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 1019

FORTI (V.) : « La réalisation fictive de la condition », in *Le nouveau régime général des obligations*, dir. V. FORTI et L. ANDREU, Dalloz, 2016, p. 31

FRISON-ROCHE (M.-A.) : « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement », *RTD civ.* 1995. 573. « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *Contrat conc. consom.* 1996, n° 92, p. 13. « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in *Le temps dans la procédure*, Dalloz,

1996, p. 20. « Unilatéralité et consentement » in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1999, p. 21. *RJDA* 1996/2 p. 3.

GAUDU (F.) : « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC* 2004. 566

GAUTIER (P.-Y.) : « Vers une nouvelle forme de garantie contractuelle : la renaissance des obligations facultatives », *RDC* 2004. 543. « Confiance légitime, obligation de loyauté et devoir de cohérence : identité ou lien de filiation ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, Thèmes&Commentaires, Dalloz, 2008, p. 109. « Entre la bonne foi et le respect des clauses, que choisir ? » (2^e partie), Actes de la journée Ripert, *DMF*, 2009, p. 782, (et P. STOFFEL-MUNCK). « La vente à réméré est morte, vive la faculté de rachat pignorative ! », *RTD civ.* 2014. 668. « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », *Dr. et patr.* 2014. 240. *RTD civ.* 1992. 406. *RTD civ.* 1998. 402. *RTD civ.* 1999. 646. *RTD civ.* 2002. 118. *RTD civ.* 2002. 321. *RTD civ.* 2003. 519. *RTD civ.* 2004. 113. *RTD civ.* 2004. 749. *RTD civ.* 2007. 142. *D.* 2007. 2844.

GEBLER (M.-J.) : « Les obligations alternatives », *RTD civ.* 1969. 1

GENICON (T.) : « Le régime des clauses limitatives de responsabilité : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008. 991. « Les traitements légaux : mesures préventives », in « Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique », *RDC* 2010. 456. « Aménagement conventionnel de la liberté de résiliation : l'exclusion d'un préavis et de toute indemnité est-elle possible ? », *RDC* 2011. 832. « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012. 276. « Sanction de la violation de la procédure contractuelle de résiliation », *RDC* 2012. 787 (dialogue avec D. MAZEAUD). *D.* 2010. 2485. *RDC* 2011. 57.

GERMAIN (M.) : « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », in *Mélanges P. Le Canu*, LGDJ 2014, p. 289.

GHESTIN (J.) : « Jean Domat et le Code civil français », in *Mélanges en l'honneur de R. Sacco*, 1993 **PAGE**. « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *JCP G.* 1996. II. 22565. « Rapport introductif », in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1998, p. 3. « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges en l'honneur de D. Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 250. « En relisant *De la cause des obligations* de Henri Capitant », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 115. « De la fixation unilatérale du prix dans l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif », *D.* 2015. 183. *JCP G.* 1971.II.16942. *D.* 1996. 591. *D.* 2015. 183.

GHOZI (A.) : « R. Encinas de Munagorri, *l'acte juridique unilatéral dans les rapports contractuels* », *RIDC* 1997-4, p. 995. *D.* 1998. 1.

GIJSBERS (C.) : « Faut-il “rebaptiser” les clauses de substitutions après la réforme du droit des obligations ? », *JCP N* 2016. 1194

GOBIN (A.) : « Propos sur la réversibilité juridique », *JCP N* 1995.I.1,

GRANOTIER (J.) : « Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de *break-up fees* », *D.* 2014. 1960

GRIMALDI (C.) : « En attendant la loi de ratification », *D.* 2016. 606. « Proposition de modification de l'article 1222 du Code civil : l'exécution aux frais du débiteur », *RDC* 2017. 192. « La fixation du prix », *RDC* 2017. 558. « La preuve et le contrat d'adhésion », *RDC* 2019. 135.

GRIMALDI (M.) : « Techniques civilistes de transmission et d'anticipation successorales », *Dr. et patr.* 1998. 44. « La donation des titres sociaux assortie d'une faculté conventionnelle de modification unilatérale de l'objet donné », *Defrénois*, 1999, n° 36932, p. 129. « Les options du conjoint survivant », *Defrénois* 2017, n° 126h2, p. 439.

GROSCLAUDE (L.) : *RTD com.* 2003. 756. *RTD com.* 2005. 127.

GROSSER (P.) : « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et patr.* 2016. 70. *JCP G.* 2010.I.516.

GRZEGORCZYK (C.) : « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », in *Droits*, n° 7, *L'acte juridique*, PUF, 1988, p. 47.

GUYON (Y.) : *Rev. soc.* 1993. 109. *Rev. soc.* 1995. 771.

HAGE-CHAHINE (F.) : « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982. 705.

HALLOUIN (J.-C.) : *D.* 1996. 342. *D.* 2008. 379. *D.* 2010. 287.

HAMELIN (J.-F.) : « Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA* 9 déc. 2014, p. 4. « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018. 514.

HAUSER (J.) : « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *Religion, société, politique, Mélanges en l'honneur de J. Ellul*, PUF, 1983, p. 503. *RTD civ.* 1991. 504. *RTD civ.* 1992. 747. *RTD civ.* 2011. 99.

HEBRAUD (P.) : « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Études offertes à P. Kayser*, t. II, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 1. *D.* 1948. 179.

HEINICH (J.) : « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018. 521. *Rev. soc.* 2018. 303.

HELLERINGER (G.) : « Ne pas renouveler une adhésion : une prérogative contractuelle », *D.* 2010. 2413.

HOUTCIEFF (D.) : « L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances », *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2004, p. 5. « Quelle sanction pour la contradiction ? », *RLDC* 2005/8, p. 5. « La substantifique moelle contractuelle », *JCP G* 2007. II. 10154. « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant ? », *RDC* 2008. 1020. « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *JCP G.* 2009. 463, n° 19. « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux des contractants », *RDC* 2018. 505. « La motivation en droit des contrats », *Rev. dr. Assas*, n° 19, déc. 2019, p. 32. « Le principe de cohérence : vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 533. *D.* 2009. 1245. *D.* 2009. 2008. *JCP G.* 2011.II.1250. *Gaz. Pal.* 2013. 3233. *AJ Contrat* 2019. 129. *JCP G.* 2019.II.1308.

HUET (J.) : « De la distinction selon la nature de la responsabilité à la distinction selon la nature des dommages », *RTD civ.* 1987. 322. « Du mauvais usage de la règle déclarant impossible pour un juge de contraindre une personne à contracter (à propos de la résiliation d'un compte sur un site internet) », *RDC* 2018. 209.

KAIRALLAH (G.) : « Le raisonnable en droit privé français », *RTD civ.* 1984. 439

KARILA DE VAN (J.) : « Le droit de nuire », *RTD civ.* 1995. 533

JADAUD (B.) : « La donation à terme », *JCP N* 2006. 1024

JAMIN (C.) : « Les apports au droit des contrats cadre », in « La détermination du prix, nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière », *RTD com.* 1997. 19. « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », in « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Dr. et patr.* n° 58, 1998, p. 50. « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1999, p. 71. « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2002, p. 10. « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002.

901. « Le procès du solidarisme contractuel : brèves répliques », in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, Économica, 2004, p. 159. « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2011, p. 441. *JCP G.* 1993.I.3725. *JCP G.* 1994.I.3803. *D.* 1995. 389. *RTD com.* 1997. 19. *D.* 1997. 414. *D.* 1997. 588. *D.* 1998. 413. *D.* 1999. 197.

JEOL (M.) : *D.* 1996. 15. *RTD com.* 1997. 1.

JEULAND (E.) : « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personnes », *D.* 1998. 356. « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », in *La prescription extinctive, études de droit comparé*, P. JOURDAIN et P. WERY (dir.), Schulthess et Bruylant, 2010, p. 173 (et C. CHARBONNEAU).

JESTAZ (P.) : « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 273. « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1999, p. 91.

JOBARD BACHELIER (M.-N.) : « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985. 1

JOSSERAND (L.), « Le contrat dirigé », *D.* 1933. 89. « Le contrat forcé et le contrat légal », *D.* 1940. 5.

JOURDAIN (P.) : *RTD civ.* 1998. 111. *RTD civ.* 2001. 887. *RTD civ.* 2002. 816. *RTD civ.* 2004. 94. *RTD civ.* 2004. 295. *RTD civ.* 2005. 604. *RTD civ.* 2005. 600. *RTD civ.* 2005. 784. *RTD civ.* 2018. 129.

JULIENNE (M.) : « Les conflits entre droits de préemption », in « Le droit de préemption au XXI^e siècle », *Defrénois*, 2018, n° 132w6, n° 11, p. 36. *D.* 2011. 2188.

KAYSER (P.) : « Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.* 1971. 445

KELSEN (H.) : « La théorie juridique de la convention », *Arch. de Philo. du Droit*, 1940. 33

KENFACK (H.) : « La défaillance de la condition suspensive », *Defrénois*, 1997, n° 36604, p. 833. « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, Thèmes & Commentaires, Dalloz, 2008, p. 117. *D.* 2005. 2748.

KOUHAIZ (S.) : « La compatibilité des sanctions dans les pactes d'associés », *Rev. soc.* 2019. 87. *Rev. soc.* 2018. 27.

KULLMANN (J.) : « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993. 59. *RGDA* 2006. 481.

LABBE (B.) : « L'incombance : un faux concept », *RRJ* 2005-1, p. 183.

LAFaurie (K.) : « L'articulation du dispositif du Code civil avec les textes spéciaux », *JCP E* 2017. 1453

LAGARDE (X.) : « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP G.* 1996.I.163. « La motivation des actes juridiques », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Nationales, T. III, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 73. « La procéduralisation du droit privé », in *Les évolutions du droit : contractualisation et procéduralisation*, Université de Rouen, 2004, p. 141. « Qu'est ce qu'une clause abusive ? », *JCP G.* 2006.I.110. « De l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007. 740. « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *D.* 2018. 469.

- LAITHIER (Y.-M.)** : « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006. 1003. *RDC* 2010. 561. *RDC* 2010. 814. *RDC* 2011. 51. *RTD civ.* 2012. 763. *RDC* 2014. 355.
- LARDEUX (G.)** : « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in *L'efficacité du contrat*, dir. G. LARDEUX, Thèmes&Commentaires, Dalloz, 2011
- LARGUIER (J.)** : « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953. 1
- LARROUMET (C.)** : « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008. 2441
- LATINA (M.)** : « Les mesures du temps », in *Le temps et le droit*, Association Henri Capitant, t. XVIII, Dalloz, 2014, p. 87. « Le régime des clauses non négociables hors du contrat d'adhésion », *RDC* 2019. 160.
- LAURENT (J.)** : *Dr. et patr.* 2014, n° 239, p. 38.
- LE BLAN-DELANNOY (V.)** : « Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ? », *LPA* 2005, n° 16, p. 6.
- LE CANNU (P.)** : *Rev. Soc.* 1996. 802. *RTD. com.* 2007. 786.
- LE GAC-PECH (S.)** : *AJDI* 2012. 597. *JCP E* 2015. 1207.
- LE GUIDEC (R.)** : « Les options de l'héritier *ab intestat* », *Defrénois*, 2017, n° 125z7, p. 425.
- LE NABASQUE (H.)** : « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999. 273.
- LE TOURNEAU (P.)** : « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 349. « Les obligations professionnelles », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, P.U. Toulouse, 1996, p. 365. « Existe-t-il une morale des affaires ? », in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 8. « Brefs propos critiques sur la "responsabilité contractuelle" dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.* 2007. 2180. « Pour en finir avec la responsabilité contractuelle », in *Études en l'honneur du professeur J. Huet*, LGDJ-Lextenso, 2017, p. 269 (et M. POULMAREDE).
- LECUYER (H.)** : « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1999, p. 47. « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 643. « Observations sur les donations alternative et facultative », *Dr. fam.*, 1999, chr. n° 6.
- LEDUC (F.)** : « Faut-il distinguer entre le dommage et le préjudice ? Point de vue privatiste », *RCA* mars 2010, p. 10.
- LEGEAIS (D.)** : *RTD com.* 2005. 397. *RTD com.* 2010. 596. *RTD com.* 2010. 765. *RTD com.* 2017. 152.
- LEGENDRE (P.)** : « Remarques sur la reféodalisation de la France », in *Études offertes à Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 201
- LEGRAND (V.)** : « La modification unilatérale du contrat en droit de la consommation », *AJ contrat* 2020. 308
- LEMEE (J.)** : « Pas de nullité sans grief », *RTD civ.* 1982. 23.
- LEVASSEUR (M.)** : « Les clauses abusives entre professionnels vues sous l'angle économique », in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1998, p. 95

LEVENEUR (L.) : « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* Mars 1998. 69. « La liberté contractuelle en droit privé », *AJDA*, 1998. 676. « Consensualisme et liberté contractuelle », in *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis, 2004, p. 285. *Contrats conc. consom.* 1994, n° 159. *JCP E* 1995.II.662. *JCP E* 1996.II.776. *Contrats Conc. Consom.* 1997, n° 24. *Contrats conc. consom.* 1997, n° 75. *Contrats conc. consom.* 2004, n° 151. *Contrats Conc. Consom.* 2005, n° 1. *Contrats. Contrats, conc., consom.* 2005 n° 41. *Conc. Consom.* 2005, n° 184. *Contrats Conc. Consom.* 2006, n° 99. *Contrats, conc. consom.* 2006, n° 184. *Contrats Conc. Consom.* 2007, n° 63. *Contrats, conc. consom.* 2007, n° 294. *Contrats. Conc. Consom.* 2010. n° 14.

LEVENEUR-AZEMAR (M.) : *JCP G* 2018. II. 707. *JCP G* 2018, n° 15, p. 415.

LEVY (E.) : « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910. 717

LIBCHABER (R.) : « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995. 437. « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, étude de droit comparé*, dir. M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 113. « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211. « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2006, n° 38433, p. 1223. « Persistance et renouvellement dans l'analyse de l'abus de droit », *RDC* 2019/3, p. 33. *D.* 1996. 120. *Defrénois*, 2008, n° 38838, p. 1949. *RDC* 2011. 103.

LICARI (S.) : « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », *RRJ* 2002-2, p. 703

LISANTI (C.) : « La clause de substitution dans les contrats préparatoires : clause de cession de contrat ? », *JCP N* 2017. 1270

LOISEAU (G.) : « Réflexions sur la nature du paiement », *JCP G* 2006. I. 171. *JCP G.* 2005.II.10066.

LOKIEC (P.) : « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007. 321. « La décision et le droit privé », *D.* 2008. 2293. « La mise en œuvre des clauses contractuelles, L'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », *D.* 2009. 1427.

LOUSSOUARN (Y.) : « Rapport de synthèse », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant*, (Journées Louisianaises – 1992), t. XLIII, Litec, 1994, p. 7.

LUCAS (F.-X.) : Le principe du contradictoire en droit des sociétés », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 10^e éd., 2004, p. 663. *RTD civ.* 1970. 347. *RTD civ.* 1971. 893.

LUCAS DE LEYSSAC (C.) : « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC* 2009. 1268 (et M. CHAGNY).

LYON-CAEN (G.) : « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946. 75. « L'obligation implicite », *Arch. philo. dr.* t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 109. *D.* 1961. 369.

MAINGUY (D.) : « Du "coût manifestement déraisonnable" à la reconnaissance d'un droit d'option », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 60. *JCP E* 2007. 2394 (et J.-L. RESPAUD).

MALAURIE (P.) : « Le secret et le droit, Une petite anthologie littéraire », in *Mélanges C. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 103. « L'homme, le temps et le droit. La prescription civile », in *Études offertes au Professeur P. Malinvaud*, Litec, LexisNexis, 2007, p. 393. *D.* 1968. 607. *D.* 1996. 518.

MALINVAUD (P.) : *RDI* 1994. 459. *RDI* 2001. 525. *RDI* 2006. 504. *RDI* 2009. 254.

MARAIS (A.) : « Le maintien du contrat par le juge », *LPA*, 2002, n° 197, p. 7.

MARTIN (A.-C.) : « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », *RDC* 2019. 128.

MARTIN-SERF (A.) : *RTD com.* 2010. 785. *RTD com.* 2011. 168.

MAZEAUD (D.) : « Loyauté, solidarité, fraternité : nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 603. « Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit des contrats », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, Économica, 2001, p. 127. « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003. 295. « La matière du contrat », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, 2003, p. 81. « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, Économica, 2004, p. 57. « Durées et ruptures », in « Durée et contrat », *RDC* 2004. 129. « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005. 1828. « Renégocier ne rime pas avec réviser ! » *D.* 2007. 765. « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », in « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 690. « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012. 276 (dialogue avec T. GENICON). « Brèves variations sur la condition », *D.* 2015. 1348. « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », *D.* 2016. 1628. « La place du juge en droit des contrats », *RDC* 2016. 353. « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées devenir ? » in *Mélanges en l'honneur de F. Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 329. *Defrénois* 1994, n° 35746, p. 347. *D.* 1995. 90. *D.* 1995. 230. *JCP G.* 1995.II.22366. *D.* 1996. 330. *Defrénois* 1997, n° 35516, p. 333. *D.* 1999. 114. *Defrénois* 1999, n° 36953, p. 374. *D.* 2000. 360. *Defrénois* 2000, n° 37270, p. 1379. *D.* 2001. 3237. *D.* 2001. 3240. *D.* 2002. 2842. *D.* 2003. 458. *D.* 2005. 1828. *RDC* 2005. 673. *RDC* 2005. 1015. *RDC* 2006. 326. *RDC* 2006. 704. *RDC* 2007. 1110. *D.* 2010. 1832. *D.* 2010. 2178. *D.* 2010. 2481. *RDC* 2010. 564. *Gaz. Pal.* 2 févr. 2016, n° 5, p. 26. *D.* 2018. 537. Avec B. FAGES : *RTD civ.* 2000. 568. *RTD civ.* 2000. 830. *RTD civ.* 2001. 137. *RTD civ.* 2001. 140. *RTD civ.* 2001. 585. *RTD civ.* 2001. 587. *RTD civ.* 2001. 589. *RTD civ.* 2002. 99. *RTD civ.* 2003. 288. *RTD civ.* 2003. 697. *RTD civ.* 2003. 705. *RTD civ.* 2004. 92. *RTD civ.* 2004. 731. *RTD civ.* 2005. 127. *RTD civ.* 2005. 391. *RTD civ.* 2005. 594. *RTD civ.* 2005. 779. *RTD civ.* 2006. 302. *RTD civ.* 2006. 314. *RTD civ.* 2006. 556. *RDC* 2006. 700. *RTD civ.* 2006. 763. *RDC* 2009. 484. *D.* 2018. 537.

MAZEAUD (J.) : *D.* 1969. 601. *D.* 1976. 151.

MAZEAUD (L.) : « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929. 17.

MAZET (P.) : « Le courant solidariste », in *Le solidarisme contractuel*, dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, Économica, 2004, p.13

MEKKI (M.) : « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensées par les contraires », *RDC* 2006. 679. « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », in « Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique », *RDC* 2010. 383. « Les clauses aménageant la phase post-contractuelle », in *Remédier aux défaillances du contrat*, dir. S. LE GAC-PECH, Larcier, 2010, p. 147. « Pas de préemption sans motivation : l'exemple du droit de préemption de la SAFER en matière environnementale », *RDC* 2012. 926. « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016. 400. « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016. 494. « La clause de substitution dans les promesses de vente : une cession de contrat, *what else* ? », *BRDA* 20/2018, n° 33. « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la "haute définition" ! », *JCP G.* 2005.II.10177. *RDC* 2019. 112. *D.* 2012. 459 et S. AMRANI-MEKKI). *D.* 2015. 529 (et S. AMRANI-MEKKI). *D.* 2018. 371. *Gaz. Pal.* 2018, n° 15, p. 26. *D.* 2020. 353.

MENARD (C.) : « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 661.

MESTRE (J.) : « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 439. « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1985. « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986. 102. « L'économie du contrat », *RTD civ.* 1996. 901. « Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution » in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 21. « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *RTD civ.* 1998. 670. « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 677. « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC* 2005. 99. *RTD civ.* 1985. 163. *RTD civ.* 1987. 316. *RTD civ.* 1988. 121. *RTD civ.* 1988. 525. *RTD civ.* 1988. 536. *RTD civ.* 1990. 75. *RTD civ.* 1992. 92. *RTD civ.* 1992. 93. *RTD civ.* 1993. 124. *RTD civ.* 1994. 100. *RTD civ.* 1994. 588. *RTD civ.* 1994. 603. *RTD civ.* 1994. 604. *RTD civ.* 1994. 606. *RTD civ.* 1995. 620. *RTD civ.* 1995. 623. *RTD civ.* 1995. 683. *RTD civ.* 1996. 153. *RTD civ.* 1996. 613. *RTD civ.* 1997. 114. *RTD civ.* 1997. 418. *RTD civ.* 1997. 654. *RTD civ.* 1997. 936. *RTD civ.* 1998. 372. *RTD civ.* 1998. 373. *RTD civ.* 1998. 675. *RTD civ.* 1998. 901. *RTD civ.* 1999. 98. *RTD civ.* 1999. 394. Avec B. FAGES : *RTD civ.* 2000. 326. *RTD civ.* 2000. 565. *RTD civ.* 2000. 568. *RTD civ.* 2000. 830. *RTD civ.* 2001. 135. *RTD civ.* 2001. 137. *RTD civ.* 2001. 140. *RTD civ.* 2001. 585. *RTD civ.* 2001. 587. *RTD civ.* 2001. 589. *RTD civ.* 2002. 99. *RTD civ.* 2002. 809. *RTD civ.* 2003. 288. *RTD civ.* 2003. 697. *RTD civ.* 2003. 705. *RTD civ.* 2004. 92. *RTD civ.* 2004. 285. *RTD civ.* 2004. 731. *RTD civ.* 2005. 127. *RTD civ.* 2005. 391. *RTD civ.* 2005. 594. *RTD civ.* 2005. 779. *RTD civ.* 2006. 302. *RTD civ.* 2006. 314. *RTD civ.* 2006. 556. *RTD civ.* 2006. 763. *RTD civ.* 2007. 345.

MICHAELIDES-NOUARIOS (G.) : « L'évolution récente de la notion de droits subjectifs », *RTD civ.* 1966. 216

MION (L.) : « L'abus dans le droit des contrats », *Dr. et patr.* Juin 2000. 42.

MOLFESSIS (N.) : « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? » *D.* 1997. 85.

MONGE (A.-C.) : *D.* 2010. 1103 (et F. NESI). *D.* 2011. 2679.

MOURY (J.) : « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.* 2000. 382. « La détermination du prix dans le "nouveau" droit commun des contrats », *D.* 2016. 1013. « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJCA* 2016. 123. « Retour sur le prix : le champ d'application de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », *D.* 2017. 1209. *D.* 2006. 2793. *RTD com.* 2017. 935.

MOUSSERON (J.-M.) : « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988. 481

MUIR-WATT (H.) : « Reliance et définition du contrat », in *Mél. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57. « Du contrat relationnel », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. IV, LGDJ, 2001, p. 169. « Rapport de synthèse », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Économica*, 2001, p. 175.

NAJJAR (I.) : « Mandat et irrévocabilité », *D.* 2003, chron. 708. « La potestativité », *RTD civ.* 2012. 601. *D.* 1985. 234. *D.* 1989.65. *JCP G.* 2020.II.446.

NESI (F.) : *D.* 2010, p. 1103 (et A.-C. MONGE).

NORMAND (J.) : « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », in *Mélanges P. Julien, La justice civile au vingt et unième siècle*, Edilaix, 2003, p. 295

OPPETIT (B.) : « Éthique et vie des affaires », in *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 319

OSMAN (F.) : « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois*, 1993, n° 35433, p. 65.

Ost (F.) : « Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 115. « Temps et contrat, Critique du pacte faustien », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. IV, LGDJ, 2001, p. 137

PAISANT (G.) : « Introduction », in Colloque « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Dr. et patr.*, mars 1998, p. 42. *JCP G.* 1993.II.22166.

PAULIAT (H.) : « La motivation des actes administratifs unilatéraux », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, LGDJ, 2000, p. 49.

PAULIN (C.) : « Promesse et préférence », *RTD com.* 1998. 511.

PELLE (S.) : « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011. 1230.

PELLET (S.) : « Contrat d'adhésion et clauses abusives », *Defrénois*, oct. 2018, n° 140t9, n° 40, p. 17.

PERDRIAU (A.) : « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP G.* 1988.I.3365.

PERELMAN (C.) : « Les notions à contenu variable en droit », *Travaux du centre national de recherches de logique*, Bruylant, Bruxelles, 1984 (et R. VANDER ELST).

PERES (C.) : « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016. 454.

PERINET-MARQUET (H.) : « Les conflits entre droits de préemption », *JCP N.* 2011. 1267. *JCP G* 1993.I.3668.

PERREAU (E.-H.) : « Des droits de la personnalité », *RTD civ.* 1909. 514

PERRET (H.) : « Les S.A.F.E.R. en question », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, Sirey 1985, p. 601

PERROT (A.) : « La vente à réméré de valeurs mobilières », *RTD com.* 1993. 1

PICARD (E.) : « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998. 6

PICARD (M.) : « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *RTD civ.* 1912. 61 (et A. PRUDHOMME).

PICOD (Y.) : « La clause résolutoire et la règle morale » *JCP G.* 1990.I.3447. « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat, Colloque I.D.A.*, (Aix-en-Provence – 28 mai 1993), PUAM, 1993, p. 57.

PIEDELIEVRE (J.) : « Quelques réflexions sur la maxime “Quod nullum est nullum producit effectum” », in *Mélanges offerts à M. le Professeur P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 638.

PIEDELIEVRE (S.) : *JCP N* 2004. 824. *JCP N* 2007, n° 15 p. 12. *Gaz. Pal.* 4 avr. 2017. 20.

PIROVANO (A.), « La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Jossierand », *D.* 1972. 67.

PLANIOL (M.) : *D.* 1891.I.329. *D.* 1898.I.289.

PORTALIS (J.-E.-M.) : *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, in *Discours et rapports sur le Code civil*, Fontes et Paginae et Presses universitaires de Caen, 2010. « De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e », chapitre XXII, in *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 258.

POSEZ (A.) : « Pas de nullité sans texte : Enquête sur la positivité d'un principe d'hier à aujourd'hui », *in* « Pas de nullité sans texte », *RDC* 2018. 163.

POUGHON (J.-M.) : « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *Droits* 1990. 47.

POULMAREDE (M.) : « Pour en finir avec la responsabilité contractuelle », *in Études en l'honneur du professeur J. Huet*, LGDJ-Lextenso, 2017, p. 269 (et P. LE TOURNEAU).

PRUDHOMME (A.) : « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *RTD civ.* 1912. 61 (et M. PICARD).

PUTMAN (E.) : « Le temps et le droit », *Dr. et patr.*, janv. 2000, p. 43.

QUETAND-FINET (C.) : « La nature juridique du paiement : ce que la controverse nous apprend », *D.* 2013. 942.

RAKOTOVAHINY (M.-A.) : « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », *LPA* 2011, n° 153, p. 6.

RANDOUX (N.) : « La nullité par notification : l'invité de dernière minute à la réforme du droit des contrats ? », *Defrénois* 2016, n° 123rl, p. 666

RANIERI (F.) : « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du *venire contra factum proprium* dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe », *in L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, dir. M. BEHAR-TOUCHAIS, Économica, 2001, p. 25.

RAYNARD (J.) : « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », *in* « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 695. *RTD civ.* 1999. 506.

RAYNAUD (P.) : « La renonciation à un droit », *RTD civ.* 1936. 763.

RBII (J.) : « L'acte unilatéral réceptice », *in Métamorphoses de l'acte juridique*, dir. M. NICOD, PU Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 87.

REGNAULT (S.) : *AJ contrats*, 2019/2, p. 92.

REMY (P.) : « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997. 323. « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *in La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, 2001, PUF, p. 121. « La genèse du solidarisme », *in Le solidarisme contractuel*, dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, Économica, 2004, p. 3. *RTD civ.* 1988. 147.

REMY-CORLAY (P.) : « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005. 13.

RESPAUD (J.-L.) : *JCP E* 2007. 2394 (et D. MAINGUY).

REVEL (T.) : « La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1999, p. 31. « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », *in La nouvelle crise du contrat*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p. 83. « La prise d'effet du contrat », *in* « Durée et contrat », *RDC* 2004. 29. « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », *RDC* 2004. 579. « Propos introductifs », *in* « Les prérogatives contractuelles », *RDC* 2011, p. 640. « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015. 1217. « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC* 2015. 199. « Les critères du contrat d'adhésion », *D.* 2016. 1771. « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016. 373. « Réflexions sur l'unilatéralisme dans le droit rénové des contrats », *in Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 887. « La

réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat », *RDC* 2019. 104. *RTD com.* 1997. 37. *RTD civ.* 2011. 144.

RIEG (A.) : « La *punctuation*, Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *Mélanges Jauffret*, LGDJ, 1970, p. 593. « La lutte contre les clauses abusives des contrats », in *Études offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 221.

RIFFARD (J.-F.) : « Contrat de coffre-fort », *J.-Cl. Banque*, 30 oct. 2015, n° 920.

RIPERT (G.) : « L'exercice des droits et la responsabilité civile », *Rev. crit. légis. et juris.* 1905. 352. « Abus et relativité des droits », *Rev. crit. législ. et jur.* 1929. 33. « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936. 57.

ROBIN (C.) : « La *mora creditoris* », *RTD civ.* 1968. 607.

ROCHFLED (J.) : « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 747. « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004. 47. « La rupture efficace », in *Droit et économie des contrats*, dir. C. JAMIN, LGDJ, 2008, p. 169. « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 835. *JCP G.* 2001.I.354. *JCP G.* 2004.I.149.

ROETS (D.) : « Les droits discrétionnaires, une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997. 92.

ROUAST (A.) : « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944. 1

ROUBIER (P.) : « Droits intellectuels et droits de clientèle », *RTD civ.* 1935. 251. « Les prérogatives juridiques », *Arch. de Philo. du droit*, t. 5, Sirey, 1960, p. 65

ROUHETTE (G.) : « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247. « La révision conventionnelle du contrat », *RID comp.* 1986. 369. « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », in *Droits*, n° 7, *L'acte juridique*, PUF, 1988, p. 29.

ROUQUET (Y.) : *D.* 2011. 676. *D.* 2012. 946.

ROUVIERE (F.), « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA* 31 juil. 2009, n° 152, p. 7.

SAINT PRIEST, DE (T.) : « Quelques leçons de l'affaire DG Bank », *Marchés et techniques financières – Haute Finance*, mai 1990, n° 12.

SALLE DE LA MARNIERRE (M.) : « La déchéance comme mode d'extinction du droit (essai de terminologie juridique) », *RTD civ.* 1933. 1037.

SAUSSIÉ (S.) : « L'indétermination du prix (à propos des arrêts de 1995) : le point de vue d'un économiste », in *Droit et économie des contrats*, dir. C. JAMIN, LGDJ, 2008, p. 115.

SAUTEL (O.) : « Sur la déchéance en droit privé », *D.* 1999. 487.

SAVATIER (R.) : *JCP* 1965.II.14087.

SAVAUX (E.) : *Defrénois* 2001. 1048. *Defrénois* 2002. 759. *Defrénois* 2006 n° 38498. *Defrénois* 30 oct. 2007, n°38667-61, p. 1454. *Defrénois* 2009 n° 38916. *RDC* 2011. 34.

SERIAUX (A.) : « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 77. « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD civ.* 1993. 789. « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994. 801.

« L'engagement unilatéral en droit positif français », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Économica, 1999, p. 7. « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD civ.* 2004. 225. *D.* 1997. 121.

SERINET (Y.-M.) : « Le juge et l'illicéité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), Économica, 2007, p. 85. *JCP G.* 2007.II.10184

SERRA (Y.) : *D.* 1992. 350. *D.* 2002. 2491. *D.* 2017. 2444.

SEUBE (A.) : « Les conditions générales des contrats », in *Études A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 629.

SEUBE (J.-B.) : « L'obligation de motivation et la rupture du bail commercial », *RDC* 2006. 761. *JCP E.* 2010, n° 2134. *RDC* 2017. 69. *RDC* 2017. 455.

SIMLER (P.) : « Les stock-options saisies par le droit patrimonial de la famille », *Defrénois* 15 avr. 2017, n° 126a5. *JCP G* 1969.II.15735. *RTD com.* 1997. 75.

SINAY (H.) : « Le contrôle de proportionnalité des sanctions disciplinaires au regard des fautes commises : dualité de jurisprudences administrative et judiciaire » *Dr. soc.* 1979. 277.

SIRI (A.) : « L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure actuelle », *Rev. rech. jur.*, 2008. 1342.

SOUBISE (V.) : « La transmission, par substitution du bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », *D.* 1994. 237.

SOURIOUX (J.-L.) : « La croyance légitime », *JCP G.* 1982.I.3058.

SPERONI (J.) : « Contrats d'assurance vie mutisupports », *D. actu.* 13 mars 2007.

SPITZ (J.-F.) : « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007. 281.

STOFFEL-MUNCK (P.) : « Préavis contractuel et préavis raisonnable », *RDC* 2004. 943. « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *Dr. et patr.*, mai 2004, p. 70. « Le juge et la stabilité du contrat », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, dir. F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON, Économica, 2007, p. 121. « Le créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *D.* 2007. 2839. « Entre la bonne foi et le respect des clauses, que choisir ? » (2^e partie), Actes de la journée Ripert, *DMF*, 2009, p. 782 (et P-Y. GAUTIER). « La résolution par notification : questions en suspens », *Dr. et patr.* Oct. 2014, n° 240, p. 67. « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012. 705. « Formalisme informatif *ad validatem* : retour à une logique civiliste ? », *RDC* 2017. 25. *LPA* 2002, n° 230, p. 7. *RDC* 2004. 280. *RDC* 2004. 637. *Dr. et patr.* 2006. 92 (et L. AYNES). *Dr. et patr.*, sept. 2007, p. 94. *JCP G.* 2007.I.85. *Dr. et patr.* sept. 2007. 89. *Dr. et patr.* Fév. 2011, p. 68 (et L. AYNES).

SUPIOT (A.) : « La relativité du contrat en question », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome IV, LGDJ, 1999, p. 183. « les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000. 132. « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, mai 2001, p. 51. « La fonction anthropologique du droit, Entretien avec Alain Supiot », in *Esprit*, fév. 2001, p. 151. « La contribution du droit social

au droit commun des contrats », *in Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, dir. A. WIFFELS, Bruylant, 2005, p. 62.

TADROS (A.) : « “L’adhésion” du cessionnaire de droits sociaux au pacte d’associés. Contrat d’adhésion ou cession de contrat ? », *D.* 2017. 171. *D.* 2017. 1583 (et O. DESHAYES). *RLDC* 2018/160, n° 6448. *D.* 2019. 568.

TAISNE (J.-J.) : *D.* 1976. 269.

TALLON (D.) : « L’inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994. 223. « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *in Droit civil, procédures, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard Cornu*, 1994, PUF, p. 429

TERRE (F.) : « Une synthèse », *in Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 1.

TEYSSIE (B.) : *RTD com.* 1989. 507 (et M. CABRILLAC).

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.) : « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997. 357.

THOMAS (M.) : « User des prérogatives contractuelles », *JCP E* 2016. 1315 (et P. DUPICHOT, J.-D. BRETZER)

TRIGEAUD (J.-M.) : « Promesse et appropriation du futur », *in Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 63.

VANDER ELST (R.) : « Les notions à contenu variable en droit », *Travaux du centre national de recherches de logique*, Bruylant, Bruxelles, 1984 (et C. PERELMAN).

VAN DIEVOET (E. ET G.) : « Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l’agent d’affaires. Histoire d’une jurisprudence », *in Mélanges J. Dabin*, t. 2, Bruylant 1963, p. 911.

VASSEUR (M.) : « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *RTD civ.* 1950. 439. **TITRE**, *D.* 1977. 262. *D.* 1993. 58.

VATINET (R.) : « Le mutus dissensus », *RTD civ.* 1987. 252.

VEAUX (D.) et **VEAUX-FOURNERIE (P.)** : « La représentation mutuelle des coobligés », *in Études dédiées à A. Weill*, Dalloz, Litec, 1983, p. 547.

VEDEL (G.) : « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser, ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G.* 1950. I. 851.

VERKINDT (P.-Y.) : « Le contrat de travail, Modèle ou anti-modèle du droit civil des contrats ? » *in La nouvelle crise du contrat*, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Dalloz, 2002, p. 187.

VIDAL-NAQUET (P.) : « Consentir sous tutelle. La place du consentement chez les majeurs placés sous mesure de protection », *Rev. sc. hum.* 14/2008, p. 103 (et B. EYRAUD).

VILLEY (M.) : « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch. de philo. du dr.*, 1957. 87. « Préface historique à la notion de contrat », *Arch. philo. dr.*, 1968, p. 1.

VINEY (G.) : *JCP G* 1997.I.4025. *JCP G.* 2002.I.186. *RLDA*, sept. 2005. 8. *D.* 2006. 2825.

VOULET (J.) : « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », *JCP G.* 1971.I.2410.

WICKER (G.) : « Force obligatoire et contenu du contrat », *in Les concepts contractuels français à l’heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Dalloz, 2003, p. 151.

WIEDERKEHR (G.) : « La notion d’action en justice selon l’article 30 du nouveau code de procédure civile », *in Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université de sciences sociales de

Toulouse, 1981, p. 949. « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984. 165.

V. WITTMAN : « La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente : à la recherche d'un équilibre contractuel », *D.* 2012. 301.

ZELCEVIC-DUHAMEL (A.) : « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP G* 2001. I. 300.

ZENATI-CASTAING (F.) : « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993. 305. « La propriété collective existe-t-elle ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 607. *RTD civ.* 1990. 686. *RTD civ.* 1994. 896.

V. Thèses, monographies, articles et manuels non francophones

AULETTA (G.), « Poteri formativi et diritti potestativi », *Riv. Dir. comm.* 1939, p. 557.

CARNELUTTI (F.), *Lezioni di diritto processuale civile*, Vol. IV, Padova, 1926. *Teoria generale del diritto*, Biblioteca del « foro italiano », 1946.

CHIRONI (C.), *Istituzioni di diritto civile*, Bocca, 1889.

ENDEMANN (F.), *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1903/1920.

CHIOVENDA (G.), *Principii di diritto processuale civile*, Naples, 1923.

ELTZBACHER (P.), *Die Handlungsfähigkeit*, Vol. 1, Berlin, 1903.

FENKART (J.), *Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht*, Diss. Bern. 1925.

KOHLER (J.), *Lehrbuch des bürgerl. Rechts*, Vol. 1, Berlin, 1904.

KRÜCKMANN, *Instit. d. bürgerl. Gesetzbuches*, 5^e éd., Berlin, 1935.

LANGHEINEKEN (P.), *Anspruch und Einrede*, Leipzig, 1903.

MACNEIL (I. R.), *The new social contract, An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980. « A Primer of Contract Planning », *Southern California Law Rev.*, 1975. 627. « Contracts : Adjustments of Long-Term Economic relations Under Classical, Neoclassical and relational Contract Law », *Northwestern Law Rev.* 1978. 854.

MESSINA (G.), « Diritti potestativi », *Nuovo digesto italiano*, t. IV, 1948.

ROCCO (A.), *La sentenza civile*, Turin, 1906.

SECKEL (E.), *Die Gestaltungsrechte, in der Festgabe der juristischen, Gesellschaft Berlin für Dr. Richard Koch*, Berlin, 1903.

SIMON (H. A.), *Administrative behavior (a study of decision-making process in administrative organization)*, New-York, The Free Press, 3^e éd. 1976. *Models of bounded rationality*, Vol. 2, Chap. VIII, M.I.T. Press, 1982.

THON (A.), *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar 1878.

TRABUCCHI (A.), *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, Ed. Cedam-Padova, 47^e éd., 2015.

VON THUR (A.), *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1914. *Partie générale du Code fédérale des Obligations*, traduit par M. de TORRENTE et E. THILO, Lausanne 1933.

VI. Jurisprudences (ordre chronologique)

Cour de cassation

- Cass. Civ., 2 juil. 1860, *D.* 1860.I.284
Cass. Req., 10 juill. 1865, *D.* 1865.I.350
Cass. Civ., 20 janv. 1868, *D.* 1868.I.22
Cass. Civ., 5 fév. 1872, *D.* 1873.I.63
Cass. Civ., 15 avr. 1872, *Veuve Foucauld*, *D.* 1872.I.176
Cass. Civ., 15 janv. 1873, *D.* 1873.I.249
Cass. Civ., 24 janv. 1874, *D.* 1876.I.133
Cass. Civ., 3 août 1875, *D.* 1875.I.409
Cass. Civ., 6 mars 1876, *D.* 1876.I.193 ; *S.* 1876.I.161
Cass. Civ., 4 août 1879, *D.* 1880.I.272
Cass. Civ., 14 mars 1882, *S.* 1882.I.349 ; *D.* 1883.I.256
Cass. Req., 3 janv. 1883, *S.* 1883.I.415
Cass. Civ., 13 mai 1885, *D.* 1885.I.350
Cass. Civ., 1^{er} déc. 1885, *D.* 1886.I.251, *S.* 1886.I.55
Cass. Req., 8 janv. 1890, *D.* 1891.I.22
Cass. Civ., 14 avr. 1891, *Ceccaldi*, *D.* 1891.I.329
Cass. Civ., 16 déc. 1891, *D.* 1892.I.177 ; *S.* 1893.I.81
Cass. Req., 1^{er} déc. 1897, *D.* 1898.I.289
Cass. Civ., 14 mars 1900, *Whistler*, *D.* 1900.I.497
Cass. Req., 18 juin 1902, *D.* 1903.I.342
Cass. Req., 18 avr. 1904, *S.* 1904.I.444
Cass. Req., 29 mai 1905, *D.* 1905.I.426
Cass. Civ., 23 avr. 1909, *D.* 1911.I.438
Cass. Req., 12 déc. 1911, *D.* 1913.I.129
Cass. Req., 11 mars 1913, *D.* 1913.I.408
Cass. Civ., 24 avr. 1914, *S.* 1914.I.349
Cass. Civ., 11 avr. 1921, *S.* 1922.I.83
Cass. Civ., 25 juill. 1922, *D.* 1922.I.154
Cass. Crim., 15 juin 1923, *D.* 1924.I.135
Cass. Civ., 21 janv. 1924, *S.* 1924.I.169
Cass. Civ. 16 avr. 1924, *D.* 1924.329
Cass. Req., 30 mars 1926, *D.* 1926.I.217
Cass. Req., 16 nov. 1927 ; *D.* 1928.I.61
Cass. Req., 11 juin 1928, *Gaz. Pal.* 1928.2.477
Cass. Req., 17 juill. 1929, *D.* 1929.I.143
Cass. Civ., 3 juin 1930, *D.* 1930.I.361
Cass. Civ., 19 oct. 1931, *S.* 1932.I.102
Cass. Civ., 12 mai 1936, *S.* 1936.I.305
Cass. Civ., 25 oct. 1937, *D.* 1937.I.565
Cass. Civ., 26 janv. 1938, *D.* 1938.I.147
Cass. Req., 28 mars 1938, *D.* 1939.I.5
Cass. Civ., 4 avr. 1949, *D.* 1949.I.316
Cass. Civ., 1^{ère}, 7 janv. 1952, *Bull. civ. I*, n° 6
Cass. Civ., 20 janv. 1953, *JCP G* 1953.II.7677
Cass. Soc., 11 juin 1953, *D.* 1953.I.661
Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mai 1954, *Gaz. Pal.*, 1954.II.82
Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1956, *Bull. civ. I*, n° 133
Cass. Req., 8 avr. 1957, *D.* 1858.I.134
Cass. Civ. 1^{ère}, 26 déc. 1960, *Bull. civ. I*, n° 265
Cass. Com., 6 juin 1961, *Bull. civ. IV*, n° 258
Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 1961, *Bull. civ. I*, n° 509
Cass. Civ. 1^{ère}, 18 juill. 1962, *Bull. civ. I*, n° 385
Cass. Com., 7 janv. 1963, *Bull. civ. IV*, n° 16
Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mai 1963, *Bull. civ. I*, n° 246
Cass. Civ. 2^e, 27 nov. 1963, *Bull. civ. II*, n° 772
Cass. Civ. 2^e, 19 nov. 1964, *Bull. civ. II*, n° 370
Cass. Civ. 2^e, 18 mars 1965, *Bull. civ. II*, n° 289
Cass. Com., 19 juil. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 460
Cass. Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1965, *Bull. civ. I*, n° 519

Cass. Com., 11 janv. 1966, *Bull. civ.* III, n° 17
 Cass. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1966, *Bull. civ.* I, n° 329
 Cass. Com., 19 juill. 1966, *Bull. civ.* III, n° 367
 Cass. Com., 12 janv. 1967, *Bull. civ.* III, n° 30
 Cass. Civ. 3^e, 22 mai 1968, *Bull. civ.* III, n° 232
 Cass. Civ. 3^e, 4 juil. 1968, *Bull. civ.* III, n° 325
 Cass. Civ. 3^e, 11 oct. 1968, *Bull. civ.* III, n° 144
 Cass. Civ. 1^{ère}, 4 févr. 1969, *Bull. civ.* I, n° 60
 Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juin 1969, *Bull. civ.* I, n° 246
 Cass. Civ. 3^e, 2 juil. 1969, *Bull. civ.* III, n° 405
 Cass. Civ. 3^e, 3 juil. 1969, *D.* 1969. 646
 Cass. Civ. 3^e, 24 avr. 1970, *Bull. civ.* III, n° 279
 Cass. Civ. 3^e, 22 mai 1970, *Bull. civ.* III, n° 357
 Cass. Civ. 3^e, 15 oct. 1970, n° 69-11.352
 Cass. Civ. 3^e, 6 nov. 1970, *Bull. civ.* III, n° 587
 Cass. Civ. 3^e, 15 janv. 1971, *Bull. civ.* III, n° 38
 Cass. Civ. 3^e, 25 févr. 1971, *Bull. civ.* III, n° 136
 Cass. Civ. 1^{ère}, 29 juin 1971, *Bull. civ.* I, n° 212
 Cass. Civ. 3^e, 12 oct. 1971, *Bull. civ.* III, n° 480
 Cass. Civ. 3^e, 16 oct. 1973, *Bull. civ.* III, n° 529
 Cass. Soc., 20 fév. 1974, *Bull. civ.* V, n° 129
 Cass. Civ. 2^e, 16 mai 1974, *Bull. civ.* II, n° 166
 Cass. civ. 3^e, 1^{er} octobre 1975, *Bull. civ.* III, n° 268
 Cass. Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1975, *Bull. civ.* I, n° 290
 Cass. Civ. 3^e, 27 oct. 1975, *Bull. civ.* III, n° 310
 Cass. Com., 9 févr. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 44

Cass. Civ. 3^e, 17 mars 1976, *Bull. civ.* III, n° 128
 Cass. Civ. 3^e, 11 mai 1976, *D.* 1976. 269
 Cass. Civ. 1^{ère}, 5 oct. 1976, *Bull. civ.* I, n° 282
 Cass. Com., 15 nov. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 288
 Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 1976, *Bull. civ.* III, n° 465
 Cass. Civ. 2^e, 11 juin 1977, *Bull. civ.* II, n° 128
 Cass. civ. 3^e, 11 octobre 1977, *Bull. civ.* III, n° 331
 Cass. Com., 13 fév. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 60
 Cass. Civ. 3^e, 7 mars 1978, *Bull. civ.* III, n° 105
 Cass. Com., 31 mars 1978, *Bull. civ.* IV, n° 102
 Cass. Soc., 4 janv. 1980, *Bull. civ.* V, n° 6
 Cass. Civ. 1^{ère}, 8 janv. 1980, *Bull. civ.* I, n° 15
 Cass. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1980, *Bull. civ.* I, n° 279
 Cass. Civ. 1^{ère}, 10 février 1981, *Bull. civ.* I, n° 50
 Cass. Civ. 1^{ère}, 31 mars 1981, *Bull. civ.* I, n° 112
 Cass. Civ. 2^e, 15 oct. 1981, *Bull. civ.* II, n° 189.
 Cass. Civ. 2^e, 1^{er} avr. 1982, *Bull. civ.* II, n° 78
 Cass. Com., 23 sept. 1982, *Bull. civ.* IV, n° 284
 Cass. Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1983 *Bull. civ.* I, n° 27
 Cass. Civ. 3^e, 25 janv. 1983, *Bull. Civ.* III, n° 21
 Cass. Com., 7 juil. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 209
 Cass. Civ. 3^e, 31 janv. 1984, *Bull. civ.* III, n° 21
 Cass. Civ. 3^e, 28 févr. 1984, *Bull. civ.* III, n° 52
 Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1984, *Bull. civ.* I, n° 92
 Cass. Com., 21 mars 1984, *Bull. civ.* IV, n° 85
 Cass. Civ. 3^e, 17 avr. 1984, *Bull. civ.* III, n° 87

Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mai 1984, *Bull. civ. I*, n° 143
 Cass. Civ. 3^e, 6 juin 1984, *Bull. civ. III*, n° 111
 Cass. Soc., 9 oct. 1985, *Bull. civ. V*, n° 442
 Cass. Civ. 1^{ère}, 15 oct. 1985, *Bull. civ. I*, n° 260
 Cass. Civ. 3^e, 14 nov. 1985, *Bull. civ. III*, n° 143
 Cass. Civ. 3^e, 16 avr. 1986, *Bull. civ. III*, n° 41
 Cass. Civ. 3^e, 11 juin 1986, *Bull. civ. III*, n° 92
 Cass. Civ. 1^{ère}, 22 juil. 1986, *Bull. civ. I*, n° 223
 Cass. Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, *Bull. civ. I*, n° 279
 Cass. Civ. 3^e, 28 janv. 1987, *Bull. civ. III*, n° 15
 Cass. Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1987, *Bull. civ. III*, n° 68
 Cass. Civ. 1^{ère}, 8 avr. 1987, *Bull. civ. III*, n° 88
 Cass. Civ. 3^e, 29 avr. 1987, *Bull. civ. III*, n° 93
 Cass. Civ. 2^e, 24 juin 1987, *Bull. civ. II*, n° 147
 Cass. Civ. 3^e, 22 juillet 1987, *Bull. civ. III*, n° 152
 Cass. Civ. 1^{ère}, 22 juil. 1987, *Bull. civ. I*, n° 223
 Cass. Civ. 3^e, 2 déc. 1987, n° 86-10.793
 Cass. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, *Bull. civ. I*, n° 342
 Cass. Civ. 3^e, 21 déc. 1987, *Bull. civ. III*, n° 212
 Cass. Civ. 3^e, 9 mars 1988, n° 86-17.869
 Cass. Civ. 3^e, 27 avr. 1988, *Bull. civ. III*, n° 80
 Cass. Civ. 3^e, 27 avr. 1988, *Bull. civ. III*, n° 83
 Cass. Civ. 2^e, 18 janv. 1989, n° 87-12.354
 Cass. Com., 14 févr. 1989, n° 87-14.629
 Cass. Civ. 1^{ère}, 28 fév. 1989, *Bull. civ. I*, n° 97
 Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 141
 Cass. Civ. 3^e, 20 juil. 1989, *Bull. civ. III*, n° 172

Cass. Civ. 3^e, 20 juil. 1989, *Bull. civ. III*, n° 173
 Cass. Civ. 3^e, 21 fév. 1990, *Bull. civ. III*, n° 60
 Cass. Soc., 20 mars 1990, *Bull. civ. V*, n° 124
 Cass. Civ. 1^{ère}, 19 juin 1990, n° 88-20.270
 Cass. Civ. 3^e, 27 juin 1990, n° 89-10.115
 Cass. Civ. 3^e, 21 nov. 1990, *Bull. civ. III*, n° 238
 Cass. Civ. 3^e, 23 janv. 1991, *Bull. civ. III*, n° 36
 Cass. Com., 5 fév. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 59
 Cass. Com., 26 fév. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 87
 Cass. Civ. 3^e, 13 mars 1991, *Bull. civ. III*, n° 92
 Cass. Civ. 2^e, 25 mars 1991, *Bull. civ. II*, n° 102
 Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 1991, n° 88-19.546
 Cass. Civ. 3^e, 17 avr. 1991, n° 89-15.627
 Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 157
 Cass. Civ. 3^e, 15 mai 1991, *Bull. civ. III*, n° 146
 Cass. Soc., 15 mai 1991, *Bull. civ. V*, n° 236
 Cass. Civ. 3^e, 5 juin 1991, *Bull. civ. III*, n° 163
 Cass. Soc., 29 juin 1991, *Bull. civ. V*, n° 331
 Cass. Com., 2 juil. 1991, n° 88-18.040
 Cass. Civ. 1^{ère}, 9 oct. 1991, *Bull. civ. I*, n° 250
 Cass. Soc., 13 nov. 1991, *Bull. civ. V*, n° 491
 Cass. Com., 3 déc. 1991, n° 90-13.714
 Cass. Civ. 2^e, 8 janv. 1992, *Bull. civ. II*, n° 10.
 Cass. Soc., 14 mai 1992, *Bull. civ. V*, n° 309
 Cass. Com., 2 juin 1992, n° 90-19.132
 Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 89-21.970
 Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 204
 Cass. Com., 7 juil. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 265
 Cass. Civ. 3^e, 17 juil. 1992, *Bull. civ. III*, n° 254

Cass. Com., 3 nov. 1992, *Huard*, *Bull. civ.* IV, n° 338
 Cass. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 1992, n° 91-11.682
 Cass. Com., 1^{er} déc. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 392.
 Cass. Civ. 3^e, 2 déc. 1992, *Bull. civ.* III, n° 317
 Cass. Com., 19 janv. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 24
 Cass. Soc., 20 janv. 1993, *Bull. civ.* V, n° 17
 Cass. Civ. 1^{ère}, 24 févr. 1993, *Bull. civ.* I, n° 88
 Cass. Civ. 3^e, 10 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 34
 Cass. Civ. 2^e, 9 juin 1993, *Bull. civ.* II, n° 204
 Cass. Com., 5 oct. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 326
 Cass. Civ. 3^e, 13 oct. 1993, *Bull. civ.* III, n° 121
 Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, *Consorts Cruz*, *Bull. civ.* III, n° 174
 Cass. Com., 5 avr. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 149
 Cass. Civ. 1^{ère}, 4 mai 1994, *Bull. civ.* I, n° 687
 Cass. Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n° 91-21.009
 Cass. Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 57
 Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mai 1995, n° 94-14.255
 Cass. Com., 10 oct. 1995, n° 93-20.300
 Cass., Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-19.653, n° 91-15.578, n° 91-15.999, n° 93-13.688
 Cass. Civ. 1^{ère}, 5 déc. 1995, *Bull. civ.* I, n° 452
 Cass. Soc., 6 déc. 1995, *Bull. civ.* V, n° 330
 Cass. Com., 19 déc. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 306
 Cass. Com., 3 janv. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 7
 Cass. Com., 6 fév. 1996, n° 93-12.868
 Cass. Com., 20 févr. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 60
 Cass. Com., 27 fév. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 65
 Cass. Com., 6 mai 1996, *Bull. civ.* IV, n° 123
 Cass. Com., 14 mai 1996, n° 94-12.502.

Cass., Ass. plén., 28 juin 1996, *Bull. Ass. plén.* n° 6
 Cass. Soc., 9 juil. 1996, *Bull. civ.* V, n° 269
 Cass. Com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261
 Cass. Soc., 13 nov. 1996, *Bull. Civ.* V, n° 386
 Cass. Com., 19 nov. 1996, n° 92.12-450
 Cass. Com., 26 nov. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 294
 Cass. Com., 10 déc. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 309
 Cass. Com., 21 janv. 1997, n° 94-22.034
 Cass. Com., 11 fév. 1997, *Bull. civ.* IV n° 47
 Cass. Civ. 3^e, 19 mars 1997, *Bull. civ.* III, n° 68
 Cass. Civ. 1^{ère}, 2 avr. 1997, n° 95-17.606
 Cass. Com., 6 mai 1997, n° 95-10.252
 Cass. Civ. 3^e, 14 mai 1997, *Bull. civ.* III, n° 105
 Cass. Soc., 10 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 210
 Cass. Civ. 3^e, 7 oct. 1997, n° 95-20.918
 Cass. Com., 7 oct. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 242
 Cass. Com., 7 oct. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 252
 Cass. Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997, n° 95-1.161
 Cass. Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, *Bull. civ.* I, n° 345
 Cass. Com., 20 janv. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 40
 Cass. Com., 24 fév. 1998, *Bull. civ.* VI, n° 86
 Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, n° 95-15.799
 Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13.972
 Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 168
 Cass. Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, *Bull. civ.* I, n° 300
 Cass. Com., 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, *Bull. civ.* IV, n° 277
 Cass. Soc., 16 déc. 1998, *Bull. civ.* V, n° 552
 Cass. Civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, *Bull. civ.* I, n° 52
 Cass. Com., 23 fév. 1999, n° 96-22.784

Cass. Soc., 16 mars 1999, *Bull. civ.* IV, n° 125
 Cass. Civ. 3^e, 24 mars 1999, *Bull. civ.* III, n° 76
 Cass. Soc., 18 mai 1999, *Bull. civ.* V, n° 219
 Cass. Com., 8 juin 1999, n° 96-18.108
 Cass. Civ. 3^e, 13 juillet 1999, *Bull. civ.* III, n° 179
 Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 1999, n° 98-10.430
 Cass. Civ. 3^e, 15 févr. 2000, n° 98-17.860
 Cass. Soc., 23 mai 2000, *Bull. civ.* V, n° 193
 Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, *Bull. civ.* I, n° 184
 Cass. Civ. 2^e, 6 juil. 2000, n° 98-17.827
 Cass. Civ. 3^e, 12 juil. 2000, *Bull. civ.* III, n° 143
 Cass. Com., 24 oct. 2000, *Bull. civ.* IV, n° 163
 Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 286
 Cass. Civ. 3^e, 31 janv. 2001, *Bull. civ.* III, n° 186
 Cass. Com., 13 fév. 2001, n° 98-17.347
 Cass. Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, *Bull. civ.* I, n° 56
 Cass. Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 98
 Cass. Civ. 3^e, 3 avr. 2001, n° 99-18.679
 Cass. Com., 25 avr. 2001, n° 98.22-199
 Cass. Com., 29 mai 2001, n° 99-12.478
 Cass. Com., 19 juin 2001, *Bull. civ.* IV, n° 118
 Cass. Civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, n° 99-13.395
 Cass. Civ. 3^e, 27 juin 2001, *Bull. civ.* III, n° 83
 Cass. Com., 6 juin 2001, n° 99-10.768
 Cass. Com., 6 juin 2001, *Bull. civ.* IV, n° 112
 Cass. Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2001, *Bull. civ.* I, n° 239
 Cass. Civ. 3^e, 12 déc. 2001, n° 00-15.627
 Cass. Com., 15 janv. 2002, n° 99-21.172
 Cass. Civ. 3^e, 30 janv. 2002, *Bolmont*, *Bull. civ.* I, n° 17
 Cass. Civ. 2^e, 4 avr. 2002, *Bull. civ.* II, n° 68
 Cass. Com., 6 mars 2002, *Bull. civ.* IV, n° 81

Cass. Civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, *Bull. civ.* I, n° 171
 Cass. Com., 2 juil. 2002, n° 01-12.685
 Cass. Com., 9 juil. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 121
 Cass. Soc., 10 juil. 2002, *Bull. civ.* V, n° 239
 Cass. Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 99-13.537
 Cass. Civ. 3^e, 4 déc. 2002, n° 00-21.205
 Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2003, n° 00-15.519
 Cass. Com., 25 févr. 2003, n° 01-02.913
 Cass. Civ. 3^e, 2 avr. 2003, *Bull. civ.* III, n° 78
 Cass. Civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 00-22.302
 Cass. Civ. 2^e, 19 juin 2003, n° 01-13.289
 Cass. Com., 24 sept. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 145
 Cass. Civ. 3^e, 24 sept. 2003, *Bull. civ.* III, n° 164
 Cass. Com., 8 oct. 2003, n° 01-10.326
 Cass. Civ. 3^e, 5 nov. 2003, *Bull. civ.* III, n° 189
 Cass. Civ. 3^e, 3 déc. 2003, *Bull. civ.* III, n° 221
 Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2004, n° 01-15.668
 Cass. Com., 7 avr. 2004, n° 02-15.287
 Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, n° 03-13.847
 Cass. Com., 12 mai 2004, *Bull. civ.* IV, n° 86
 Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2004, n° 03-12.284
 Cass. Civ. 3^e, 22 juin 2004, n° 03-10.736
 Cass. Civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-19.761
 Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 190
 Cass. Civ. 3^e, 30 juin 2004, n° 03-10.706
 Cass. Civ. 1^{ère}, 6 juil. 2004, *Bull. civ.* I, n° 202
 Cass. Com., 5 oct. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 181
 Cass. Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2004, *Bull. civ.* I, n° 303
 Cass. Com., 7 déc. 2004, n° 03-12.032
 Cass. Com., 14 déc. 2004, n° 03-14.380
 Cass. Civ. 1^{ère}, 14 déc. 2004, *Bull. civ.* I, n° 308
 Cass. Civ. 3^e, 2 fév. 2005, *Bull. civ.* III, n° 24
 Cass. Com., 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 44

Cass. Civ. 3^e, 16 mars 2005, *Bull. civ.* III, n° 67
 Cass. Civ. 3^e, 31 mars 2005, n° 04-11.752
 Cass. Ch. mixte, 22 avr. 2005, *Bull. civ. mixte*, n° 3
 Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, *Bull. civ.* I, n° 201
 Cass. Soc., 11 mai 2005, n° 03-43.040
 Cass. Civ. 3^e, 24 mai 2005, n° 04-12.654
 Cass. Civ. 2^e, 20 sept. 2005, *Bull. civ.* II, n° 223
 Cass. Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2005, *Bull. civ.* I, n° 347
 Cass. Com., 11 oct. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 206
 Cass. Com., 22 nov. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 234
 Cass. Civ. 1^{ère}, 7 févr. 2006, n° 03-15.094
 Cass. Civ. 1^{ère}, 21 fév. 2006, *Bull. civ.* I, n° 82
 Cass. Civ. 1^{ère}, 21 fév. 2006, *Bull. civ.* I, n° 100
 Cass. Civ. 2^e, 7 mars 2006, *Bull. civ.* II, n° 63
 Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 04-19.178
 Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mai 2006, n° 05-10.411
 Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, *Bull. civ.* I, n° 239
 Cass. Civ. 1^{ère}, 30 mai 2006, *Bull. civ.* I, n° 269
 Cass. Com., 30 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 132
 Cass. Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 05-11.897
 Cass. Civ. 3^e, 28 juin 2006, n° 05-16.084
 Cass. Ch. mixte, 7 juil. 2006 n° 03-20.026
 Cass. Com., 3 oct. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 204
 Cass. Ass. plén., 6 oct. 2006, *Bull. Ass. plén.*, n° 9
 Cass. Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, *Bull. civ.* I, n° 488
 Cass. Civ. 3^e, 15 nov. 2006, *Bull. civ.* III, n° 226
 Cass. Com., 28 nov. 2006, n° 04-20.734
 Cass. Com., 19 déc. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 252
 Cass. Com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178
 Cass. Com., 13 fév. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 43

Cass. Civ. 2^e, 22 fév. 2007, *Bull. civ.* II, n° 41
 Cass. Civ. 3^e, 13 mars 2007, n° 06-13.197
 Cass. Com., 5 juin 2007, *Bull. civ.* IV, n° 156
 Cass. Com., 5 juin 2007, *Bull. civ.* IV, n° 157
 Cass. Civ. 3^e, 6 juin 2007, *Bull. civ.* III, n° 102
 Cass. Com., 10 juil. 2007, *Les Maréchaux*, *Bull. civ.* IV n° 188
 Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juil. 2007, *Bull. civ.* I, n° 273
 Cass. Com., 6 nov. 2007, n° 07-10.620
 Cass. Civ. 1^{ère}, 8 nov. 2007, *Bull. civ.* I, n° 345
 Cass. Com., 13 nov. 2007, n° 06-15826
 Cass. Civ. 3^e, 13 févr. 2008, n° 06-20.334
 Cass. Civ. 3^e, 27 févr. 2008, *Bull. civ.* III, n° 35
 Cass. Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 06-16077
 Cass. Civ. 3^e, 7 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 78
 Cass. Civ. 3^e, 15 mai 2008, *Bull. civ.* III, n° 83
 Cass. Civ. 3^e, 24 juin 2008, n° 07-16-156
 Cass. Civ. 3^e, 2 juil. 2008, *Bull. civ.* III, n° 120
 Cass. Com., 18 nov. 2008, n° 07-20.304
 Cass. Civ. 3^e, 17 déc. 2008, *Bull. civ.* III, n° 211
 Cass. Civ. 3^e, 28 janv. 2009, *Bull. civ.* III, n° 22
 Cass. Com., 10 fév. 2009, n° 08-12.415
 Cass. Ass. Plén., 27 fév. 2009, n° 07-19.841
 Cass. Civ. 2^e, 7 mai 2009, n° 08-16.500, 08-16.501 et 08-17.325
 Cass. Com., 26 mai 2009, *Bull. civ.* IV, n° 71
 Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mai 2009, n° 08-15.802
 Cass. Com., 9 juin 2009, *Bull. civ.* IV, n° 76
 Cass. Civ. 2^e, 25 juin 2009, n° 08-14.254
 Cass. Com., 30 juin 2009, n° 08-17.789
 Cass. Com., 10 nov. 2009, n° 08-21.175
 Cass. Civ. 3^e, 25 nov. 2009, n° 08-21.384
 Cass. Civ. 3^e, 9 déc. 2009, *Bull. civ.* III, n° 275

Cass. Com., 15 déc. 2009, n° 08-10.148
 Cass. Com., 26 janv. 2010, *Bull. civ. IV*, n° 18
 Cass. Civ. 2^e, 25 fév. 2010, n° 09-11.352
 Cass. Com., 2 mars 2010, n° 09-12.087
 Cass. Civ. 3^e, 12 mai 2010, *Bull. civ. III*, n° 92
 Cass. Com., 26 mai 2010, *Bull. civ. IV*, n° 98
 Cass. Com., 29 juin 2010, *Bull. civ. IV*, n° 115
 Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369
 Cass. Com., 13 juil. 2010, n° 09-14.985
 Cass. Civ. 3^e, 8 sept. 2010, n° 09-13.345
 Cass. Civ. 1^{re}, 16 sept. 2010, n° 09-13.947
 Cass. Com., 5 oct. 2010, n° 08-11.630
 Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, *Bull. civ. I*, n° 252
 Cass. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2011, *Bull. civ. I*, n° 28
 Cass. Com., 15 mars 2011, n° 09-13.299
 Cass. Civ. 3^e, 11 mai 2011, *Bull. civ. III*, n° 77
 Cass. Civ. 1^{re}, 29 mai 2011, n° 99-12.478
 Cass. Com., 31 mai 2011, n° 10-13.541
 Cass. Civ. 3^e, 1^{er} juin 2011, *Bull. civ. III*, n° 89
 Cass. Civ. 2^e, 2 juin 2011, *Bull. civ. II*, n° 129
 Cass. Com., 13 sept. 2011, n° 10-19.526
 Cass. Com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888
 Cass. Com., 4 oct. 2011, *Bull. civ. IV*, n° 151
 Cass. Civ. 3^e, 3 nov. 2011, *Bull. civ. III*, n° 178
 Cass. Com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438
 Cass. Civ. 3^e, 15 nov. 2011, n° 10-25.347
 Cass. Com., 15 nov. 2011, n° 10-27.838
 Cass. Civ. 3^e, 15 nov. 2011, n° 10-26.309
 Cass. Civ. 3^e, 5 janv. 2012, n° 10-20.179
 Cass. Civ. 3^e, 21 mars 2012, *Bull. civ. III*, n° 49
 Cass. Com., 3 mai 2012, *Bull. civ. IV*, n° 86
 Cass. Com., 3 mai 2012, n° 10-28.366
 Cass. Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, *Bull. civ. I*, n° 100
 Cass. Civ. 1^{re}, 30 mai 2012, n° 11-13.525

Cass. Civ. 1^{re}, 4 juill. 2012, n° 11-10.594
 Cass. Com., 11 sept. 2012, n° 11-22.240
 Cass. Civ. 3^e, 12 sept. 2012, *Bull. Civ. III*, n° 121
 Cass. Civ. 3^e, 26 sept. 2012, n° 10-23912
 Cass. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2012, n° 11-16.951
 Cass. Civ. 3^e, 20 nov. 2012, n° 11-23.150
 Cass. Civ. 3^e, 19 déc. 2012, *Bull. civ. III*, n° 199
 Cass. Civ. 1^{re}, 23 janv. 2013, n° 10-28.397
 Cass. Civ. 1^{re}, 23 janv. 2013, n° 11-11.421
 Cass. Com., 12 fév. 2013, n° 12-13.726
 Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 2013, n° 12-14.432
 Cass. Soc., 27 mars 2013, n° 12-12.146, 12-12.151, 12-12.367, 12-12.376
 Cass. Com., 22 mai 2013, n° 11-26.543
 Cass. Civ. 2^e, 13 juin 2013, n° 12-22.308
 Cass. Civ. 3^e, 25 juin 2013, n° 11-27.904
 Cass. Civ. 3^e, 27 nov. 2013, n° 12-25.267
 Cass. Civ. 3^e, 4 déc. 2013, *Bull. civ. III*, n° 156
 Cass. Civ. 1^{re}, 19 févr. 2014, n° 12-23519
 Cass. Civ. 1^{re}, 11 mars 2014, n° 12-29.876
 Cass. Com., 11 mars 2014, n° 13-11.777
 Cass. Civ. 3^e, 21 mai 2014, *Bull. civ. III*, n° 71
 Cass. Civ. 2^e, 11 sept. 2014, n° 13-19.497
 Cass. Com., 23 sept. 2014, n° 13-18.938
 Cass. Com., 7 oct. 2014, *Bull. civ. IV*, n° 143
 Cass. Com., 4 nov. 2014, n° 11-14.026, *Camargo*
 Cass. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2014, n° 13-24.633
 Cass. Civ. 3^e, 2 déc. 2014, n° 13-23.988
 Cass. Com., 10 févr. 2015, *Bull. civ. IV*, n° 19
 Cass. Com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, *Provera*
 Cass. Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *Eurauchan*
 Cass. Civ. 3^e, 10 mars 2015, n° 13-27.942
 Cass. Civ. 3^e, 23 juin 2015, n° 14-50.033
 Cass. Civ. 3^e, 8 oct. 2015, *Bull. civ. III*, n° 282
 Cass. Com., 20 oct. 2015, n° 14-20.416
 Cass. Civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-20.096
 Cass. Com., 24 nov. 2015, n° 14-20.512

Cass. Civ. 3^e, 14 janv. 2016, *Bull. civ.* III, n° 7
 Cass. Civ. 1^{re}, 17 fév. 2016, n° 15-11.304
 Cass. Civ. 2^e, 19 mai 2016, n° 15-12.767
 Cass. Civ. 1^{re}, 8 juin 2016, n° 15-18.929
 Cass. Com., 20 sept. 2016, n° 13-15.935
 Cass. Civ. 3^e, 15 déc. 2016, n° 15-22.844
 Cass. Civ. 2^e, 12 janv. 2017, n° 15-27.908
 Cass. Com., 25 janv. 2017, *Bull. civ.* IV, n° 13
 Cass. Civ. 3^e, 2 fév. 2017, n° 15-14.225
 Cass. Civ. 1^{re}, 15 mars 2017, n° 15-28.224
 Cass. Civ. 1^{re}, 20 avril 2017, n° 16-15.886
 Cass. Civ. 1^{re}, 26 avr. 2017, n° 16-10.482
 Cass. Civ. 3^e, 27 avr. 2017, n° 16-13.625, PB
 Cass. Com., 11 mai 2017, n° 14-29.717
 Cass. Civ. 3^e, 29 juin 2017, n° 15-26.419
 Cass. Com., 6 juillet 2017, n° 16-19.354
 Cass. Ch. mixte, 7 juill. 2017, n° 15-25.651
 Cass. Com., 13 sept. 2017, n° 16-10.587
 Cass. Civ. 3^e, 14 sept. 2017, n° 16-18.840
 Cass. Com., 20 sept. 2017, n° 15-28.262
 Cass. Com., 27 sept. 2017, n° 16-13.112
 Cass. Civ. 3^e, 5 oct. 2017, n° 16-17.533
 Cass. Com., 8 nov. 2017, n° 16-13.307
 Cass. Civ. 3^e, 9 nov. 2017, n° 16-22.445
 Cass. Civ. 1^{re}, 22 nov. 2017, n° 16-27.551
 Cass. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2017, n° 16-25.795
 Cass. Com., 10 janv. 2018, n° 16-21.949
 Cass. Com., 7 févr. 2018, *Bull. civ.* IV, n° 19

Cass. Civ. 2^e, 15 mars 2018, *Bull. civ.* II, n° 49
 Cass. Com., 28 mars 2018, n° 16-26.078
 Cass. Com., 3 mai 2018, n° 16-20.741
 Cass. Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-18.738
 Cass. Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-23.909
 Cass. Civ. 3^e, 28 juin 2018, n° 17-14.605
 Cass. Civ. 3^e, 28 juin 2018, n° 17-16.693, PB
 Cass. Civ. 3^e, 12 juil. 2018, n° 17-19.467
 Cass. Civ. 3^e, 6 sept. 2018, n° 17-22.767
 Cass. Com., 27 sept. 2018, n° 18-40.028
 Cass. Civ. 3^e, 8 nov. 2018, n° 14-25.005
 Cass. Com., 14 nov. 2018, n° 17-19.851
 Cass. Civ. 1^{re}, 23 janv. 2019, n° 17-18.219
 Cass. Civ. 3^e, 24 janv. 2019, n° 17-11.010
 Cass. Civ. 2^e, 7 fév. 2019, n° 17-27.223, PB
 Cass. Civ. 1^{re}, 30 janv. 2019, n° 18-10.796
 Cass. Com., 6 fév. 2019, n° 17-20.112
 Cass. Civ. 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17, 23-169, PB
 Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 2019, n° 18-18.167, PB
 Cass. Com., 19 juin 2019, n° 17-26.635
 Cass. Com., 19 juin 2019, n° 17-29.000
 Cass. Civ. 2^e, 4 juil. 2019, n° 18-16.458
 Cass. Civ. 3^e, 17 oct. 2019, n° 19-40.028, PB
 Cass. Ass. plén., 13 janv. 2020, n° 13-19.963, PB
 Cass. Com., 11 mars 2020 n° 18-22.472, PB

Cours d'appel

C.A. Colmar, 2 mai 1855, *S.* 1856.2.9
 C.A. Douai 21 mars 1891, *D.* 1892.II.549
 C.A. Nancy, 19 mars 1912, *D.* 1916.II.197
 C.A. Nancy, 17 févr. 1914, *D.* 1916.II.197
 C.A. Lyon, 11 févr. 1926, *S.* 1926.2.13
 C.A. Paris, 5 juil. 1952, *S.* 1952.2.7139
 C.A. Paris, 10 févr. 1953, *Gaz. Pal.* 1953.1.390
 C.A. Colmar, 18 oct. 1972, *D.* 1973.I.196
 C.A. Dijon, 27 mai 1993, *JCP* 1994.IV.111

C.A. Versailles, 4 déc. 1997, n° 5645, *K. Disc/La Poste*
 C.A. Paris, 7 avr. 1998, *Sté Cauval industries c/ sté Parfidal*, *D.* 1999.256
 C.A. Paris 23 avr. 1998, 5^e ch. sect. B, *Layoux c/ Sauviat*, *Juris-Data* 1998-021193
 C.A. Paris, 10 déc. 1998, n° 1997/01718
 C.A. Aix-en-Provence, 1^{re} ch., sect. B, 22 janv. 2004, n° 03/11873

CA Paris, 3^e ch., sect. A, 4 déc. 2007, n° 06/12554

CA Paris, 14^e ch. sect. A, 28 janv. 2009, n° 08/17748

CA Paris, 5^e ch., Pôle 5, 23 mai 2010, n° 12/01166

CA Paris, 5^e ch., Pôle 5, 4 juil. 2013, n° 12/07651

CA Paris, 4^e ch., Pôle 5, 11 sept. 2013, n° 11/17941

CA Paris, 4^e ch., Pôle 5, 20 nov. 2013, n° 12/04791

CA Paris, 4^e ch., Pôle 5, 18 déc. 2013, n° 12/00150

CA Paris, 4^e ch., Pôle 5, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336

CA Paris, 4^e ch., Pôle 5, 29 oct. 2014, n° 13-11059

CA Paris, 3^e ch. Pôle 1, 19 sept. 2017, n° 17/02369

Conseil Constitutionnel

Cons. Const., 9 nov. 1999, DC n° 99-419, *PACS*, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16962

Cons. Const., 12 nov. 2010, DC n° 2010-60-QPC, *JORF* 13 nov. 2010, p. 20237

Cons. Const., 13 janv. 2011, DC n° 2010-85-QPC, *JORF* 14 janv. 2011, p. 813

Cons. Const., 13 mai 2011, DC n° 2011-126-QPC, *JORF* 13 mai 2011, p. 8400

Cons. Const., 13 juin 2013, DC n° 2013-672, *JORF* 16 juin 2013, p. 9976

Conseil d'Etat

C.E., 17 mars 1864, *Paul Dupont*, *D.* 1864.III.87.

C.E., 11 mars 1910, *Compagnie générale des tramways*, n° 16178.

C.E., 20 déc. 1935, *Établissement Vézia*, *RD publ.* 1936. 119.

C.E., 31 juil. 1942, *Monpeurt*, n° 71398.

C.E., 2 févr. 1983, *Union des transports publics régionaux et urbains*, n° 34027.

C.E., Ass., 23 déc. 2011, *Danthy*, n° 335033.

Tribunaux de première instance

Trib. Paix Paris 19 juin 1936, *Gaz. trib.* 1936.II.289

T. com. Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184

T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017-050625

Index alphabétique

Abus (*V. aussi Bonne foi*) : 348, 385 et s.

Acceptation : 36, 74

Accessoire : 331, 478

Acte :

- juridique : 278

- unilatéral : 24 et s., 36 et s., 40, 114, 326, 413, 459 et s.

Action oblique : 321

Adaptation du contrat : 172 et s., 368

Agrément : 174, 223, 318, 325, 339, 377, 390, 395, 398, 510

Attentes (légitimes) : 349 et s.

Autonomie de la volonté : 149 et s., 165

Bonne foi : 82, 343 et s.

- devoir (qualification) : 357 et s.

- nature contractuelle : 477 et s.

- et droit de créance : 362 et s.

- et finalités : 379 et s.

- et formalités : 409 et s.

Caducité : 504

Cession :

- de contrat : 43, 98, 220 et s., 331

- de prérogative contractuelle : 96 et s., 330 et s.

Changement de circonstances : 166 et s., 175

Clause abusive (*V. aussi Déséquilibre significatif*) : 286 et s.

Clause compromissoire : 258, 501

Clause d'indexation : 30, 174

Clause de non-concurrence : 20, 42, 100, 110, 351 et s., 503

Clause de non-recours : 501

Clause de garantie de passif (*V. Arrêt Les Maréchaux*)

Clause limitative ou exclusive de responsabilité : 30, 260, 488, 502

Clause pénale : 30, 260, 488

Clause résolutoire : 1, 44, 59, 146, 175, 190 et s., 296, 316 et s., 335, 366, 372, 376, 399, 416 et s., 453, 503

Cohérence (principe, de) : 354 et s.

Concertation : 433 et s.

Condition :

- potestative : 147, 233, 243 et s., 266, 269

- résolutoire : 244

- suspensive : 182 et s., 315

Conditions :

- de la prérogative : 190 et s., 309

- de validité de l'acte unilatéral : 462

Confirmation : 36, 184, 499, 516 et s.

Consensus : 32 et s., 147 et s., 353

Consentement : 32 et s., 229 et s., 277

Contrat cadre (*V. aussi détermination unilatérale du prix*) : 206

Contrats commerciaux : 271 et s.

Contrat conjonctif : 322 et s.

Contrat d'adhésion : 168, 271 et s., 330, 405,

Contrat de bail : 145, 224, 322, 331, 332, 365, 372, 395, 398

Contrat de consommation : 169, 194

Contrat de mandat : 145, 193

Contrat de prestation de service (*V. aussi détermination unilatérale du prix*) : 145, 205

Contrat de travail : 10, 83

Contrat de vente (*V. aussi Rachat, Essai*) :

- vente à l'agrée : 145, 179, 246

- vente à l'essai : 246

Contrat relationnel : 158 et s.

Convention d'arbitrage (*V. clause compromissoire*)

Coopération (devoir de) : 351

Déchéance : 24, 338, 441 et s., 457

Décision : 40 et s., 127 et s., 148 et s., 163 et s., 239

Dédit (*V. Repentir*)

Déséquilibre significatif : 271 et s., 286 et s.

Détermination unilatérale du prix : 1, 44, 48, 203 et s., 292, 315, 336, 339, 395, 401, 491 et s.

Discrétionnaire (droit) : 402 et s.

Discrimination : 398

Disproportion : 399

Dommages-intérêts : 485 et s., 500

Droits de créance (*V. Obligation*)

Droits de la personnalité : 99

Droits intellectuels : 99

Droits potestatifs : 78, 105 et s.

Droits réels : 99 et s., 133

Droits subjectifs : 80, 89 et s.

Engagement unilatéral de volonté : 61, 213

Exception d'inexécution : 54, 465

Équilibre contractuel : 169

Équité : 351

Essai : 145, 244, 246

Faculté : 84 et s.

Faute : 480 et s.

- dolosive : 370 et s., 488

- simple : 376 et s.

Finalité (prérogative, de la) : 385 et s.

Fonction (prérogative, de la) : 161 et s.

Force obligatoire : 62 et s., 151

Forclusion (délais de) : 338 et s.

Formalités : 390, 409 et s., 527

Flexibilité : 158, 171 et s.

Gestion d'affaire : 241

Imprévision : 155, 166 et s., 175 et s.

Incombance : 437 et s.

Incomplétude : 158, 171 et s.

Indemnité : 46

Inexécution : 190 et s., 362 et s., 469 et s.

- Choix des sanctions : 59, 259, 317, 481 et s.

Intangibilité (principe d') : 35, 64, 152, 172

Intention de nuire : 363, 370, 393 et s.

Intérêt à agir : 498 et s.

Interprétation : 351, 382 et s.

Intuitu personae : 87, 330

Juge : 506 et s.

Liberté :

- contractuelle : 61, 168, 216, 239, 254, 275 et s., 286

- notion : 72 et s., 193

Loyauté (*V. Bonne foi*) : 347

Maréchaux (Arrêt, *Les*) : 20, 26 et s., 42, 310, 343, 365, 384, 452 et s.

Mitoyenneté : 133

Mise en demeure : 416 et s.

Modification : 55 et s., 59 et s., 240

Motivation : 402, 406, 420 et s.

Mutabilité (principe, de) : 2, 172

Mutuus dissensus : 34, 147, 183, 353

Négociabilité : 280 et s.
 Négociation : 168 et s.
 - clause de renégociation : 175
 - devoir de renégociation : 351
 Neutralisation : 28, 446, 453 et s.
 Notification : 412 et s., 517
 Novation : 221 et s.
 Nullité : 37, 43, 133, 261 et s., 452 et s., 499, 525 et s.

 Objet (du droit) : 99 et s., 119 et s., 124 et s.
 Obligation (*V. aussi Prestation*) : 51, 96 et s., 213, 247, 362 et s., 380 et s., 473
 - alternative : 48, 51, 146, 198 et s., 292, 333, 337, 339, 492
 - facultative : 200 et s., 292
 Offre : 36, 43, 74
 Option (droit d') : 19, 46, 61, 97, 128 et s., 179 et s., 325, 331, 335, 342, 373, 466
 Opposabilité : 131

 Passivité : 49 et s., 116 et s., 131
 Patrimonialité (critère de) : 96 et s.
 Pouvoir : 77 et s., 241
 Préavis : 397, 430 et s.
 Prémption (droits de) : 19, 217 et s., 320, 332
 Préférence (droit de) : 42, 53
 Préjudice : 480 et s., 488 et s., 508 et s., 528 et s.
 Prérogative de puissance publique : 2, 83
 Prescription : 84 et s., 338, 365, 519
 Prestation : 21, 233, 252 et s., 267
 Prévision : 152, 161, 175 et s., 350 et s., 362, 368
 Propriété : 87, 102, 133, 239, 312
 Prorogation unilatérale : 185 et s., 319

 Rachat : 46, 84, 97, 145, 147, 212, 244, 323, 337
 Reconduction unilatérale : 185 et s., 319
 Réduction unilatérale du prix : 209, 335, 399, 491
 Réfaction : 491
 Réfection : 524 et s.
 Référé : 507 et s.
 Règle contractuelle (notion de) : 58
 Régularisation : 521 et s.
 Remboursement anticipé : 210, 323
 Réméré (*V. Rachat*)
 Remise de dette : 362
 Renonciation : 184, 335
 - à la condition : 84, 182 et s., 295, 315, 337, 390
 Renouvellement (du contrat) : 75
 Repentir : 84, 98, 175, 194, 245, 323, 330, 337 et s., 376, 390, 405, 504
 Représentation (*V. aussi Pouvoir*) : 241, 324
 Réputé non écrit : 266 et s.,
 Résiliation unilatérale : 1, 19, 75 et s., 84, 98, 145 et s., 169, 193, 296, 300, 319, 331, 335, 339, 390, 397, 404, 466, 510
 - Investissements : 340, 371, 376
 Résolution judiciaire : 191, 483
 Résolution unilatérale : 1, 44, 59, 169, 175, 190 et s., 257, 296, 317, 319, 322, 335, 366, 399, 416 et s., 466, 484, 503
 Responsabilité : 480, 485 et s., 500
 Rétractation (*V. Repentir*)

 Sanction indemnitaire (prérogative, de) : 260 et s.
 Sanctions unilatérales : 255 et s.
 Situation contractuelle (notion de) : 57, 61, 135
 Société : 83, 325, 332, 353, 377

Solidarisme : 352

Solidarité : 322 et s.

Stipulation pour autrui : 241

Substance :

- du contrat : 26 et s.

- de l'obligation essentielle : 233, 250 et s., 266, 269

Substitution : 84, 219 et s.

Succession : 332

Sujétion (*V. Passivité*)

Supports financiers (Prérogative de modification, des) : 19, 397

Terme : 30

- Prérogative de fixation du terme : 188, 294

- Prorogation/Reconduction unilatérale : 185 et s., 319

Titularité (de la prérogative contractuelle) : 312 et s.

- exclusive : 315 et s.

- commune : 322 et s.

- divise : 318 et s.

Usage (de la prérogative contractuelle) : 28, 455 et s.

Vote (droit de) : 45

Plan

Introduction	11
Partie 1 : Existence de la prérogative contractuelle	29
Titre 1 : Notion de prérogative contractuelle	31
CHAPITRE 1. DEFINITION DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE	33
Section 1. Les critères généraux.....	34
§1. Des critères nécessaires	34
A. Nature non obligationnelle de la prérogative contractuelle	35
1) Manifestations de la notion de prérogative contractuelle dans la jurisprudence	35
2) Absence de prestation exigible en vertu d'une prérogative contractuelle	37
B. Réalisation unilatérale de la prérogative contractuelle	40
1) La nécessité d'un acte unilatéral	40
2) Justification de l'opposition entre la substance et l'usage des prérogatives contractuelles	42
§2. Des critères insuffisants	45
A. Variété des éléments non obligationnels du contrat.....	46
B. Omniprésence de l'unilatéralisme dans le contrat.....	47
1) La place du consensus dans le contrat.....	48
2) Variété des actes unilatéraux dans le rapport contractuel.....	54
Section 2. Les critères distinctifs	59
§1. La décision, objet de la prérogative contractuelle	59
A. Les attributs de la décision juridique accordée au contractant.....	61
1) La décision, substrat de la prérogative contractuelle	61
2) L'alternative, support de la décision.....	68
B. La passivité corrélatrice à la décision.....	70
1) La création d'un lien de sujétion	70
2) L'irrésistibilité de la prérogative contractuelle	72
§2. La modification, effet de la prérogative contractuelle	75
A. La modification de la règle contractuelle.....	75
1) La règle contractuelle, objet de la modification.....	75
2) Typologie des modifications	78
B. La force obligatoire de la modification.....	83
1) L'autonomie de la force obligatoire	83
2) La force obligatoire comme fondement du caractère contraignant de la modification	86

CHAPITRE 2 : NATURE JURIDIQUE DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE	89
Section 1. Appartenance de la prérogative contractuelle aux droits subjectifs.....	90
§1. Rejet des qualifications alternatives.....	91
A. Rejet de la qualification de liberté.....	91
1) Non-appartenance de la prérogative contractuelle à la catégorie des libertés	91
2) Appartenance de l'acceptation d'une offre de contracter et du refus de renouveler le contrat à la catégorie des libertés.....	93
B. Rejet de la qualification de pouvoir	97
1) Les deux acceptions de la notion de pouvoir	98
2) Inadéquation de la conception juridique du pouvoir à la prérogative contractuelle.....	100
C. Rejet de la notion de faculté	105
1) Rejet de la qualification de faculté à l'aune de la théorie de Lecompte.....	107
2) Rejet de la qualification de faculté à l'aune de la théorie de Roubier.....	111
§2. Qualification positive de droits subjectifs.....	112
A. La notion de droits subjectifs	113
B. L'assimilation de la prérogative contractuelle à un droit subjectif.....	115
1) La qualification de la prérogative contractuelle en droit subjectif.....	115
2) L'inadéquation de la prérogative contractuelle aux principales catégories de droits subjectifs.....	117
Section 2. Appartenance de la prérogative contractuelle aux droits potestatifs	127
§1. Les droits potestatifs dans la doctrine classique	127
A. Les origines des droits potestatifs.....	128
1) Les droits potestatifs en droit allemand	129
2) Les droits formateurs en droit suisse.....	130
3) Les droits potestatifs en droit italien	134
B. La définition traditionnelle des droits potestatifs en droit français.....	136
1) L'insuffisance de la définition des droits potestatifs	137
2) L'indétermination de l'objet des droits potestatifs	140
§2. Proposition d'une conception renouvelée des droits potestatifs.....	142
A. La décision, objet du droit potestatif.....	143
1) La notion d'objet de droit	143
2) Le droit potestatif : droit de décider.....	147
B. Place de la prérogative contractuelle dans la classification des droits potestatifs	148
1) Exclusion de la prérogative contractuelle de la catégorie des droits potestatifs intro-actifs	150
2) Appartenance de la prérogative contractuelle à la catégorie des droits potestatifs extra- actifs	152

Titre 2 : Admission de la prérogative contractuelle	159
CHAPITRE 1 : LE PERMIS	161
Section 1. Contradiction apparente de la prérogative contractuelle à la théorie générale du contrat.....	162
§1. Incertitude du droit positif à l'égard de la prérogative contractuelle.....	162
A. L'existence de prérogatives contractuelles dans le Code Napoléon.....	162
B. Le caractère dérogatoire des prérogatives contractuelles du Code Napoléon	165
§2. Obstacles théoriques à la validité de la prérogative contractuelle	166
A. La dialectique de la décision et du contrat	167
1) Exposé de la théorie de l'autonomie de la volonté	168
2) Le rejet du dogme volontariste, fondement de l'antinomie apparente entre la prérogative contractuelle et le contrat.....	169
B. Le rapport historique du contrat au temps.....	172
1) La conception classique.....	172
2) Les évolutions.....	175
Section 2. La prérogative contractuelle, produit de la reconnaissance du principe d'adaptation du contrat	180
§1. La nécessaire admission de la prérogative contractuelle	180
A. Légitimité de la décision contractuelle	181
1) La décision au stade de l'exécution de la situation contractuelle	182
2) L'octroi d'une puissance décisionnelle par reconnaissance d'un intérêt légitime	183
B. Légitimité de la modification contractuelle.....	188
1) Justification du contournement de l'exigence de « présentation » du contrat.....	189
2) Justification du contournement de l'exigence de consensus dans le contrat.....	193
§2. Étude empirique des principales prérogatives contractuelles usuelles admises	197
A. La modification du lien contractuel.....	198
1) La consolidation du lien contractuel.....	199
2) L'extinction du lien contractuel	208
B. La modification du contenu contractuel.....	218
1) La modification du contenu obligationnel	219
2) La modification du contenu non obligationnel	242
CHAPITRE 2 : L'INTERDIT	255
Section 1. Le dévoiement du consentement	256
§1. Préservation de la portée du consentement contractuel.....	256
A. La protection du consentement au cœur des règles de création de la situation contractuelle.....	257
1) Des règles spécifiques	257
2) Une fonction unique.....	261
B. Interdiction des prérogatives contractuelles de révision du consentement	264

1) Protection du consentement du sujet passif	265
2) Garantie de l'intégrité du consentement du potentiel	268
§2. Préservation du contrôle du consentement contractuel	282
A. Validité des prérogatives contractuelles de sanction	282
1) Absence de prohibition générale.....	282
2) Généralisation des prérogatives de sanction de l'inexécution	286
B. Prohibition de la prérogative de nullité du contrat	289
§3. Sanctions des prérogatives prohibées	292
A. Distinction du réputé non écrit et de la nullité	293
B. Choix des sanctions.....	295
Section 2. L'exploitation de l'adhésion	299
§1. Les situations d'adhésion.....	300
A. Le phénomène de l'adhésion	301
1) Un déséquilibre factuel préalable	301
2) La traduction juridique de ce déséquilibre.....	303
B. Identification des situations d'adhésion.....	306
1) Critères des situations d'adhésion.....	306
2) Des situations potentiellement déséquilibrées : recherche du déséquilibre significatif.....	311
§2. Les prérogatives contractuelles à l'origine d'un déséquilibre significatif.....	315
A. Distinction des prérogatives contractuelles offensive et défensive	315
1) Les prérogatives abusives en droit positif.....	316
2) Les prérogatives contractuelles offensives et défensives	318
B. Règles de validité des prérogatives contractuelles offensives et défensives dans les situations d'adhésion	322
1) Principe de prohibition des prérogatives contractuelles offensives	322
2) Prohibition des prérogatives défensives non commutatives.....	325

Partie 2 : Exercice de la prérogative contractuelle 333

Titre 1 : Conditions d'exercice des prérogatives contractuelles 335

CHAPITRE 1. LA TITULARITE DE LA PREROGATIVE CONTRACTUELLE 337

Section 1. Détermination de la qualité de potentiel..... 338

§1. Détermination *inter partes*..... 338

A. La titularité exclusive de la prérogative contractuelle..... 339

B. La titularité divise de la prérogative contractuelle..... 345

§2. Détermination *intra partes*..... 349

A. La titularité unitaire 352

B. La titularité participative 358

Section 2. Modification de la qualité de potentiel..... 360

§1. Le transfert de la qualité de <i>potentior</i>	360
A. L'acte du transfert	361
B. Le fait du transfert.....	363
§2. La perte de la qualité de <i>potentior</i>	365
A. La renonciation à la prérogative contractuelle.....	365
B. L'extinction de la prérogative contractuelle	368
 CHAPITRE 2. LA BONNE FOI.....	 379
Section 1. Le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat	380
§1. La protection de la confiance des parties	381
A. La bonne foi, émanation de la confiance.....	382
B. Les prévisions légitimes issues de la confiance.....	388
1) Légimité des prévisions protégées.....	388
2) Les prévisions légitimes, relais des intérêts des contractants	393
§2. L'exigence de non-contradiction aux prévisions légitimes	398
A. La cohérence comportementale.....	399
B. Portée morale de l'exigence de cohérence.....	401
Section 2. La bonne foi substantielle.....	404
§1. La mauvaise foi de type méthodologique	405
A. L'opposition entre les prestations contractuelles et les prérogatives contractuelles	406
1) Les prévisions légitimes du débiteur de l'obligation.....	406
2) Les prévisions légitimes du sujet passif de la prérogative contractuelle	414
B. Les fautes de mauvaise foi méthodologique dans l'exercice de la prérogative contractuelle	416
1) Les fautes dolosives	416
2) Les fautes simples	422
§2. La mauvaise foi de type téléologique.....	428
A. Rejet de la mauvaise foi téléologique en matière obligationnelle	429
1) Le caractère inapproprié de la mauvaise foi téléologique en matière obligationnelle.....	429
2) Le recours à l'interprétation en matière obligationnelle.....	432
B. Pertinence de la bonne foi téléologique dans l'exercice des prérogatives contractuelles.....	438
1) L'esprit des prérogatives contractuelles.....	439
2) Les fautes de mauvaise foi téléologique dans l'exercice de la prérogative contractuelle.....	447
3) Les prérogatives discrétionnaires	461
Section 3. La bonne foi formelle	470
§1. Les catégories de formalités d'exercice.....	472
A. L'information du sujet passif	472
1) La notification d'exercice de la prérogative	473
2) La mise en demeure	479

3) L'exigence de motivation	485
B. L'acclimatement du sujet passif	497
1) Les délais de préavis	498
2) Absence d'une exigence de concertation préalable	504
§2. La qualification d'incombance	506
A. Le concept d'incombance	506
1) Notion d'incombance.....	507
2) Régime de l'incombance.....	511
B. Confrontation des conditions formelles à la qualification d'incombance	514
1) Assimilation des conditions formelles à la notion d'incombance	514
2) Rejet de la déchéance comme sanction de la violation des conditions formelles	515
Titre 2. Régime de l'exercice des prérogatives contractuelles	521
CHAPITRE 1. LES SANCTIONS DE L'EXERCICE	523
Section 1. La nullité de l'exercice irrégulier.....	523
§1. Consécration de la neutralisation des effets de la prérogative contractuelle.....	524
A. Récurrence de la sanction de neutralisation	525
B. Signification de la sanction de neutralisation	528
§2. Caractérisation de la neutralisation en nullité de l'exercice irrégulier	530
A. Violation d'une condition de validité de l'acte unilatéral décisionnel.....	530
B. Conséquence de la nullité de l'exercice irrégulier sur le contrat.....	532
1) Annulation de l'acte unilatéral décisionnel	533
2) Exécution du contrat au statu quo ante.....	536
Section 2. Les sanctions de l'inexécution du contrat.....	541
§1. L'assimilation de l'exercice irrégulier de la prérogative à l'inexécution du contrat	542
A. Le critère de l'inexécution contractuelle	543
1) Les critères rejetés	543
2) Le critère retenu : le contexte de violation de la règle.....	548
B. L'application du critère à l'usage déloyal de la prérogative contractuelle	549
1) La bonne foi au service du contrat.....	549
2) Les conséquences de la faute de mauvaise foi sur l'exécution du contrat	552
§2. L'identification des sanctions de l'inexécution appropriées à l'exercice irrégulier de la prérogative	556
A. Les sanctions classiques	556
1) La résolution du contrat.....	556
2) La réparation par équivalent	561
B. Les sanctions supplémentaires	566
1) La réparation en nature.....	567
2) Le transfert de titularité au sujet passif	569

CHAPITRE 2. LA CRITIQUE DE L'EXERCICE	573
Section 1. La réalisation du droit de critique	573
§1. La procédure de contestation	574
A. L'auteur de la contestation	574
B. L'efficacité des clauses de différends.....	579
§2. Le recours au juge	584
A. La redéfinition du rôle du juge.....	584
B. L'importance du juge des référés.....	587
Section 2. L'exclusion du droit de critique	595
§1. Perte du droit de dénoncer l'irrégularité.....	595
A. La disparition du droit de critique	595
1) L'exercice irrégulier confirmé	596
2) La prescription du droit de critique.....	599
B. La disparition de l'irrégularité	600
1) L'exercice irrégulier régularisé	600
2) L'exercice irrégulier substitué.....	605
§2. L'ajout d'une condition au droit de critique : « pas de nullité sans grief »	606
A. Caractéristiques de la règle « pas de nullité sans grief »	606
B. Application de la règle « pas de nullité sans grief »	610
 CONCLUSION GÉNÉRALE.....	 617