

Université Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 20 juillet 2012

**L'interprétation du contrat :
étude comparative en droits
français et chinois**



Université Panthéon-Assas

Liwei QIN

Sous la direction de **Monsieur le Professeur Denis MAZEAUD**

Jury :

Monsieur Denis MAZEAUD, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur de thèse

Monsieur Yves-Marie LAITHIER, professeur à l'Université Cergy-Pontoise, rapporteur

Monsieur Olivier DESHAYES, professeur à l'Université Cergy-Pontoise, rapporteur

Monsieur Cyril GRIMALDI, Professeur à l'Université Paris-Nord (Paris XIII)



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier, en tout premier lieu, Monsieur le Professeur Denis MAZEAUD, pour avoir accepté de diriger mon travail de thèse. Sans sa patience, ses conseils et ses précieux encouragements, ce travail n'aurait pas pu voir le jour.

Je remercie tous les membres du jury, Messieurs les Professeurs Yves-Marie LAITHIER, Olivier DESHAYES et Cyril GRIMALDI, pour leur active participation à la soutenance de cette thèse pour juger mon travail.

Merci certainement aussi à Madame Solange ROUSSIER, qui a été fidèlement la première lectrice de mon travail de thèse. Même dans tous les moments difficiles, j'ai pu trouver une aide forte auprès d'elle. Pour ma famille, elle est déjà un membre inoubliable. Avec une affection de grande sœur, elle a pris soin de ma vie pendant toute la durée de mon séjour en France.

Je tiens également à remercier vivement les ambassades de France et de Chine, pour la confiance morale et le soutien financier qu'elles m'ont apporté pendant mes études doctorales.

Merci à mes amis, dont le soutien a été précieux dans les moments de doute et de découragement, ainsi qu'à ma famille.

À mes parents

À Mingjiong

À Yiyi

RÉSUMÉ

En matière d'interprétation juridique, le rôle du juge se déroule entre le fait et le droit. Le juge est chargé non seulement d'analyser et de déterminer les éléments factuels, mais il a aussi, pour objectif, d'exercer la qualification du fait et d'appliquer les règles de droit. C'est la raison pour laquelle l'interprétation juridique est en générale divisée en deux aspects : l'interprétation du fait et celle du droit (ou de la loi). L'interprétation du contrat participe, en principe, au premier aspect. Précisément, la loi, en tant que règle générale et abstraite, est l'expression de la volonté générale, alors que le contrat n'est que la traduction de plusieurs volontés particulières.

Le projet de cette thèse cherche à analyser les problématiques provoquées par la théorie et la pratique de l'interprétation du contrat : dans quelle condition le juge peut-il exercer son pouvoir d'interprétation du contrat ? Interpréter un contrat, c'est interpréter la commune intention des parties ou plutôt interpréter un rapport contractuel intégré dans la vie sociale et économique ? L'interprétation du contrat peut-elle combler les lacunes du contrat ? Les règles d'ordre public peuvent-elles devenir le fondement de l'interprétation du contrat ? La correction du contenu du contrat a-t-elle besoin de participation de l'interprétation du contrat ?

La recherche des problématiques exposées ci-dessus détermine, en effet, l'intérêt du projet de cette thèse. Théoriquement, le travail de thèse défie la définition traditionnelle de l'interprétation du contrat, en glosant de nouveau le sens et l'esprit des règles classiques d'interprétation, et en analysant le rôle des règles d'ordre public dans l'interprétation du contrat. Pratiquement, le travail de thèse se fonde sur une recherche approfondie des fonctions de l'interprétation du contrat dans les activités judiciaires.

Descripteurs :

Interprétation contrat volonté subjective objective fait droit
Juge obligation comparaison

ABSTRACT

In terms of the legal interpretation, the role of the judge takes place between the facts and the law. The judge is not only charged with analyzing and determining the factual elements, but he also aims to exercise the qualification of the fact and apply the rules of law. This is why legal interpretation is generally divided into two aspects, *i.e.* the interpretation of the fact and that of the law. The interpretation of the contract, in principle, belongs to the first aspect. More precisely, the law, as general and abstract rule, is the expression of the general will, while the contract is only a translation of several individual wills.

This dissertation analyzes the issues aroused by the theory and practice of the interpretation of the contract: In what condition can the judge exercise his capacity of interpretation of the contract? Should the interpretation of the contract aim exclusively at the common intention of the parties or aim not only at the will of the contracting parties but also the internal and external objective elements of the contract? Can the interpretation of the contract fill in the lacunas of the contract? Can the rules of public order become the foundation of the interpretation of the contract? Does the correction of the content of the contract need the participation of the interpretation of the contract?

The research of the above mentioned issues determines, in fact, the interest of the plan of this dissertation. Theoretically, the work of this dissertation challenges the traditional definition of the interpretation of the contract, by annotating again the sense and the spirit of the classic rules of interpretation, and analyzing the role of the rules of public order in the interpretation of the contract. In practice, the work of this dissertation is founded on a profound research of the functions of the interpretation of the contract in the judiciary activities.

Keywords :

Interpretation contract will subjective objective fact law
Judge obligation comparison

Principales abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. nat.	Assemblée nationale
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Cons. conc.	Conseil de concurrence
C. consom.	Code de la consommation
C. pr. civ.	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
C. assur.	Code des assurances
CA	Cour d'appel
Cass. civ. 1 ^{re}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. réu.	Cour de cassation, chambres réunies
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
c/	contre
CCA	Commission des clauses abusives
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CE	Conseil d'État
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européenne
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CSBP	Cahiers sociaux du barreau de Paris

CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz Sirey
Dir.	Direction
Dr. civ.	Droit civil
Dr. com.	Droit commercial
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
Eod. loc.	Au même endroit
Ibid.	Au même endroit
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP	Juris-Classeur périodique
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
LPA	Les petites affiches
Obs.	Observations
p.	Page
Rapp.	Rapport
RDC	Revue des contrats
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Spéc.	Spécialement
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir

Sommaire

Thèse de Doctorat / 07/ 2012	1
Introduction	13
Première partie : L'interprétation du contrat consacrée.....	29
Titre I : Rôle de l'interprétation du contrat.....	30
Chapitre I : Causes et conditions de l'interprétation du contrat	31
Section 1 : Théories traditionnelles différentes en droits français et chinois	31
§°1. Raisonnement sous la prédominance des critères subjectifs en droit français : ambiguïté, obscurité ou absurdité.....	31
A. Unification entre la cause et la condition de l'interprétation du contrat	32
B. Séparation entre la cause et la condition de l'interprétation du contrat	34
§°2. Raisonnement sous la prédominance des critères objectifs en droit chinois : contestations des parties	37
A. La condition unique de l'interprétation du contrat.....	37
B. Cause des contestations des parties.....	38
1. Limites linguistiques à la déclaration de la volonté des parties.....	39
2. Limites de la compétence de compréhension et d'expression des parties	41
3. Limites venant de la coutume, des usages et des circonstances économiques	42
Section 2 : Comparaison de la doctrine française et chinoise	43
§° 1. Divergence de fondements théoriques	43
§° 2. Divergences des caractéristiques doctrinales	44
A. Analyse de la doctrine française.....	44
B. Analyse de la doctrine chinoise	45
§ 3. Objets et conditions de l'interprétation du contrat	47
Chapitre II : Substances de l'interprétation du contrat	51
Section1 : L'ambivalence de la démarche de l'interprétation du contrat	51
Section 2 : Redéfinition de l'interprétation du contrat	56
§ 1. Matière de l'interprétation du contrat	56
A. Interprétation du contrat et théorie de l'acte juridique	57
B. Utilité de la conception du rapport contractuel.....	61
§ 2. Localisation de l'interprétation du contrat dans le droit des contrats	62
A. Interprétation du contrat et qualification du contrat.....	63
1. Distinction théorique entre interprétation et qualification	63
2. Confusion entre interprétation et qualification dans la pratique	66
B. Interprétation du contrat dans le syllogisme judiciaire.....	70
Titre II : Régimes de l'interprétation du contrat.....	73

Chapitre I : Règles françaises d'interprétation du contrat	74
Section 1 : Création des règles d'interprétation du contrat.....	74
§ 1. Recherche du sens des articles 1156 à 1164 du Code civil	74
A. Article 1156 du Code civil.....	75
B. Article 1157 du Code civil	77
C. Articles 1158 et 1161 du Code civil.....	80
D. Articles 1159, 1160 et 1135 du Code civil	85
E. Article 1162 du Code civil	88
F. Articles 1163 et 1164 du Code civil	93
§ 2. Commentaire sur l'esprit législatif des règles d'interprétation du contrat	96
A. Définition et nature juridique de la règle d'interprétation du contrat	96
B. Ordre d'application des règles d'interprétation du contrat.....	103
Section 2 : Fonction consacrée des règles d'interprétation du contrat.....	109
§ 1. Théorie classique de l'interprétation subjective du contrat.....	109
§ 2. Évolution contemporaine de la doctrine et de la jurisprudence	117
A. La rénovation de la notion de cause depuis les années 1990	117
B. Concept de l'économie du contrat	122
1. But commun et champ contractuel	124
2. Économie du contrat et interdépendance des contrats	134
Chapitre II : Règles chinoises d'interprétation du contrat	159
Section 1 : Sens des règles d'interprétation du contrat.....	160
§ 1. Règles d'interprétation explicative	160
A. Interprétation au sens littéral de l'expression	160
B. Interprétation d'ensemble du contrat.....	162
C. Interprétation de finalité	163
D. Interprétation d'usage.....	164
D. Interprétation de bonne foi.....	165
§ 2. Règles d'interprétation complétive	167
§ 3. Règles d'interprétation d'équité	169
Section 2 : Exemple typique de l'application des règles d'interprétation	170
<i>Seconde partie : Interprétation du contrat extensive.....</i>	179
Titre I. Comblement des lacunes contractuelles.....	180
Chapitre I. Condition préalable du comblement des lacunes contractuelles.....	181
Section 1. Expériences du droit français	181
Section 2. Expériences du droit chinois	184
Chapitre II. Essence du comblement des lacunes contractuelles au regard du débat relatif aux obligations accessoires du contrat	190
Section 1. Réflexions profondes sur l'obligation de sécurité en droit français	190
§ 1. Légitimité de la création judiciaire de l'obligation de sécurité.	191

§ 2. Fondement juridique de l'obligation de sécurité.....	205
A. L'application de l'article 1135 et la nature du contrat	207
1. Trièdre classique dans la classification des obligations contractuelles.....	208
2. La qualification du contrat et la nature du contrat.....	210
3. L'article 1135 du Code civil et la détermination des suites du contrat.....	212
B. L'application de l'article 1135 et la nature de l'interprétation par le juge.....	214
§ 3. Essence de l'obligation de sécurité.....	220
A. Intervention de l'ordre public dans le contrat.....	221
B. Moyens d'intervention de l'ordre public dans le contrat	225
1. Fonction de l'ordre public dans le domaine du contrat.....	225
2. Utilisation des critères extrinsèques.....	233
Section 2. Obligations accessoires en droit chinois.....	238
§ 1. Étendue des obligations accessoires	239
§ 2. But de l'établissement des obligations accessoires	244
§ 3. Fondements juridiques des obligations accessoires.....	247
Titre II : Correction judiciaire du contrat par l'interprétation.....	254
Chapitre I. Fondements théoriques de la correction judiciaire du contrat.....	257
Section 1. Clarté du sens originel de l'article 1134 du Code civil	260
Section 2. Solidarisme contractuel : une nouvelle idéologie contractuelle	262
§ 1. Deux courants d'inspiration différente et leur essence identique	263
§ 2. Le solidarisme contractuel et le respect de la nature humaine	267
§ 3. Le solidarisme contractuel et la sécurité juridique.....	273
A. Définition de la sécurité juridique	276
B. La confiance juridique légitime et l'intervention du juge.....	279
C. Ontologie de la sécurité juridique.....	283
Chapitre II. Fondements légaux de la correction judiciaire du contrat	291
Section 1. Défaillance partielle de l'effet du contrat et interprétation du contrat.....	291
§ 1. Nature du réputé non écrit en droit contemporain des contrats	294
A. Réputé non écrit et inexistance.....	296
B. Réputé non écrit et fiction.....	298
C. Nature juridique du procédé du réputé non écrit.....	301
1. Opposition entre les interprétations subjective et objective.....	306
2. Critique de la situation d'opposition en matière d'interprétation de	
l'obligation essentielle.....	310
§ 2. Rôle du procédé du réputé non écrit	313
A. Délimitation théorique et pratique du procédé du réputé non écrit.....	313
1. Délimitation théorique du procédé du réputé non écrit	313
2. Délimitation pratique du procédé du réputé non écrit	316
B. Source des régimes juridiques	320

1. Présentation des sources des régimes juridiques de la théorie du réputé non écrit	321
2. Critiques sur l’opportunité théorique et pratique de cette inspiration	323
Section 2. La révision judiciaire et l’interprétation du contrat.....	327
§ 1. Révision judiciaire pour vices de formation du contrat : contrats lésionnaires	328
A. Lésion reposant sur l’interprétation subjective du contrat.....	329
B. Lésion reposant sur l’interprétation objective du contrat.....	335
C. Conception mixte de la lésion	344
§ 2. Révision judiciaire pour vices d’exécution du contrat.....	347
A. Réfaction du contrat	347
B. Révision pour imprévision	350
1. Révision pour imprévision et interprétation subjective du contrat	352
2. Révision pour imprévision et interprétation objective du contrat	355
3. Nécessité d’une interprétation mixte subjective et objective du contrat pour imprévision	360
Conclusion	363
Bibliographie	367

Introduction

« Qu'il soit oral ou écrit, le langage n'est souvent qu'un véhicule imparfait de la pensée¹ ». Tout un chacun a besoin d'une opération intellectuelle par laquelle une signification claire est attribuée à quelque chose. Cette opération se nomme « interprétation » au sens général². Pour marquer l'interprétation sur le plan linguistique, le grec emploie le mot *hermêneia*, et le latin *interpretatio*³. Cette différence dénote des nuances culturelles spécifiques : la préférence philosophique des Grecs, le pragmatisme des Romains. C'est probablement une des raisons pour laquelle les successeurs du droit romain d'aujourd'hui ont maintenu la tradition pragmatiste des Romains sans fonder leur législation sur une certaine philosophie.

En chinois, le terme « interprétation » est représenté par les idéogrammes « 解释 ». Le premier idéogramme « 解 » désigne, dans son sens propre, l'action de disséquer avec le couteau une corne de bœuf ; le second « 释 » indique l'action de délier, de dénouer ou de défaire, etc. Par extension, le « 解 » désigne l'explication, la clarification ou l'interprétation de quelque chose ; et le « 释 » exprime le sens d'analyser et de distinguer⁴.

Dans le dictionnaire de la culture juridique, au mot « interprétation », M. M. Troper relève deux conceptions opposées d'interprétation⁵. Traditionnellement, l'interprétation est définie comme une fonction de la connaissance. Cette conception repose sur quelques présupposés : les énoncés sont dotés d'une signification qui serait

¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd. Dalloz, Paris, 2009, n° 443, p.462.

² Cf. *Dictionnaire de la langue française, Le Grand Robert*, vol. 5, éd. Robert, le terme « interprétation » désigne que l'« action d'expliquer, de donner une signification claire (à un signe, un ensemble signifiant obscur) ; résultat de cette action (explication, commentaire, exégèse, glose, métaphore, paraphrase, herméneutique, etc.) » ; *Dictionnaire Larousse*, le terme « interpréter » signifie « chercher à rendre un texte, un auteur intelligibles, les expliquer, les commenter : interpréter une loi, un écrivain ».

³ P. RICÉUR, *De l'interprétation, Essai sur Freud*, éd., du Seuil, 1965, p.29.

⁴ *汉语大字典 Grand dictionnaire de la langue chinoise*,

汉语大字典编辑委员会出版社, Sichuan et Hubei

dictionnaire Presse, 1998, vol. VI, p. 3900 et 3925.

⁵ *Dictionnaire de la culture juridique*, sous dir. de D. ALLAND et S. RIALS, terme « interprétation » par M.TROPER, éd. Quadrigue/Lamy-Puf, 2003, p.843-844.

unique, en raison d'un rapport nécessaire entre les mots et leurs significations, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'une bonne interprétation, toutes les autres seraient fausses ; une interprétation ne devient nécessaire que lorsque la signification est cachée, en raison des caractères de certains énoncés vagues et ambigus. La signification, elle-même, est parfois conçue comme l'intention de l'auteur de l'énoncé, mais parfois comme la fonction objective que doit remplir la norme dans le système juridique ou le système social.

Dans une conception plus moderne⁶, l'interprétation est définie comme une fonction de la volonté. Tout énoncé est doté non pas d'une, mais de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne traduit que les préférences de celui qui s'exprime, car le fruit de l'interprétation n'est, en général, ni vrai ni faux. Inspiré de la théorie positiviste de H. Kelsen, M. M. Troper explique la distinction entre l'interprétation authentique et l'interprétation de doctrine. Selon lui, l'interprétation authentique est donnée par une autorité habilitée à interpréter. Or, l'interprétation de doctrine vise seulement à décrire tous les sens possibles d'un énoncé, de manière à permettre à l'interprétation authentique d'opérer entre eux un choix⁷. Ainsi considérée, l'interprétation semble tendre à la subjectivité.

Comme l'abstraction des conceptions générales d'interprétation correspond difficilement à l'exigence pratique, les juristes s'intéressent plutôt à l'interprétation juridique. Selon une définition généralement acceptée, l'interprétation juridique désigne « une opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur », et « désigne aussi bien les éclaircissements donnés par l'auteur même de l'acte (loi interprétative, jugement interprétatif), que le travail d'un interprète étranger à l'acte (interprétation doctrinale, interprétation judiciaire d'une convention, interprétation ministérielle d'une loi)⁸ ». Par ailleurs, l'interprétation juridique peut désigner « la méthode qui inspire la recherche (l'interprétation littérale s'attache à la lettre du texte ; exégétique, elle s'efforce de dégager l'intention de son auteur ; téléologique, elle se règle sur la finalité de la norme), ou le résultat de la recherche⁹ ». En effet, cette définition s'inscrit dans la notion d'interprétation au sens large. Or, la pratique judiciaire repose avant tout sur une interprétation authentique de la juridiction.

⁶ *Eod loc.*

⁷ *Ibid.*

⁸ Asso. Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous dir. de G. CORNU, éd. Puf, 2011, terme « interprétation ».

Autrement dit, cette interprétation doit être décisive pour la résolution des litiges. Donc, écartant les interprétations de l'auteur d'un acte, celles du législateur, de l'exécutif et de doctrine, nous ne visons que l'interprétation du juge.

En matière d'interprétation juridique, le rôle du juge se déroule entre le fait et le droit. Le juge est chargé non seulement d'analyser et de déterminer les éléments factuels, mais il a aussi, pour objectif, d'exercer la qualification du fait et d'appliquer les règles de droit. C'est la raison pour laquelle l'interprétation juridique est en générale divisée en deux aspects : l'interprétation du fait et celle du droit (ou de la loi). L'interprétation du fait concerne les actes juridiques et les faits juridiques. Les actes juridiques sont des actes de volonté destinés à produire des effets de droit¹⁰, dont la convention et les actes unilatéraux et collectifs ; les faits juridiques désignent des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit¹¹. L'interprétation du droit comporte l'interprétation des règles de droit et l'interprétation des jugements.

En droit romain, le contrat était présenté comme « *contractus* ». Ce mot est constitué de deux parties : la première, "*con*", a pour origine "*cum*", et signifie "avec" ; la seconde partie "*tractus*" représente l'échange¹². Selon l'article 1101 du Code civil français, « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». On peut donc voir que le contrat est un acte juridique formé par l'accord de deux ou plusieurs volontés individuelles¹³. C'est *a priori* se mettre d'accord sur quelque chose.

En chinois, l'idéogramme traditionnel « 契约 » (qi yue)¹⁴ représente la signification du contrat. Il désigne la concordance entre les promesses des parties. L'autre idéogramme plus actuel, « 合同 » (hetong), désigne littéralement une fusion et

⁹ *Eod. loc.*

¹⁰ Voir J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd. LGDJ, 1993, n° 8; *l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit avant-projet Catala), éd. La Documentation française, Paris, 2006, p. 77, article 1101-1.

¹¹ *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, op. cit.*, article 1101-2.

¹² *Le Grand Robert de La Langue Française*, tome 2, éd., Dictionnaire Le Robert, Paris, 1992, p. 878 ; F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, éd., HACHETTE, Paris, 1934, p. 420 ; 王家福, *民法债权* (*Les obligations du droit civil*), éd 法律出版社, Pékin, 1991, p. 286.

¹³ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, éd. Lettlier, t. 1, an XIII (1805), n° 3.

un ensemble. L'article 85 du « Principes généraux du droit civil » chinois stipule que « le contrat est la convention entre les parties pour créer, modifier ou terminer les rapports civils ». En ce sens, le contrat est le fruit des consentements des parties.

L'interprétation du contrat doit être distinguée de l'interprétation de la loi, car ce sont deux choses de nature différente. Comme l'indique MM. J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, la loi, en tant que règle générale et abstraite, « est l'expression de la volonté générale, alors que le contrat n'est que la traduction de plusieurs volontés particulières¹⁵ ». Autrement dit, les contractants « s'assujettissent eux-mêmes à une norme qu'ils ont créé volontairement¹⁶ ». Pourtant, l'analogie entre la loi et la norme contractuelle est indéniable. L'interprétation des normes, générales ou particulières, partage fonctionnellement des méthodologies communes, y compris des conceptions desquelles les méthodologies dépendent.

Envisageant un texte légal ou contractuel, le juge exerce toujours son interprétation dans un jeu intellectuel entre la lettre *verba* et l'esprit *sententia*. La conception de l'ancienne glose constatait la primauté de l'esprit sur la lettre, en considérant la pluralité des significations d'un texte¹⁷. Domat, grand juriste classique, a combiné cette conception traditionnelle avec la raison moderne. Il pense que l'équité naturelle et l'esprit universel de la justice constituent « le premier fondement de l'usage et de l'interprétation particulière de toutes les règles »¹⁸. La raison moderne repose sur une conception de la science qui souligne l'observation, le calcul et le classement systématique¹⁹. Cette conception conduit l'interprétation juridique à se transformer du raisonnement *more juridico*, modèle de la pensée scolastique, au raisonnement *more geometrico*, méthode des géomètres²⁰. La raison moderne du droit comporte deux concepts opposés : le droit naturel et le positivisme juridique. Le premier cherche à incruste l'interprétation dans un système de

¹⁴ 汉语大字典 *Grand dictionnaire de la langue chinoise*, vol. I, p. 536.

¹⁵ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Droit civil : les effets du contrat*, éd. L.G.D.J. 2001, n° 8, p. 15.

¹⁶ G. MARTY, Rôle du juge dans l'interprétation des contrats, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1949, t. V, éd. Dalloz, 1950, p. 87.

¹⁷ Voir B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd. Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 293.

¹⁸ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public et Legum delectus*, Livre 1, Titre I, Sec. II.

¹⁹ Voir B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, *op. cit.*, n° 107.

²⁰ *Eod. loc.*

connaissance rationnelle, dont la découverte de la justice et de la vérité constitue la substance de l'interprétation²¹. Le second concept considère que l'interprétation est le résultat de l'application des « lois arbitraires », dont le pouvoir du législateur constitue l'autorité absolue qui détermine souverainement la signification du texte²². Chez les jusnaturalistes, l'interprétation est une opération nécessaire de savoir ; pour les positivistes juridiques, l'interprétation implique une obéissance contingente à la volonté de l'autorité.

En France, la doctrine de l'École de l'exégèse avait dominé le droit civil jusqu'à la fin du XIXe siècle²³. Inspirés par la conception de la science du droit, les exégètes modernes, dont les grands juristes, Aubry, Rau, Laurent et Demolombe, etc., fondent leur méthode d'interprétation sur le raisonnement grammatical et logique interne du texte en vue de retrouver la volonté réelle de l'auteur. Cette doctrine a subi une double critique²⁴ : d'une part, la conception de la volonté du législateur, à laquelle les exégètes rapportent toutes les solutions, relève de la fiction ; d'autre part, la logique purement déductive des exégètes présente une certaine négligence aux exigences de la vie sociale et de l'équité.

Portant une conception sociologique et économique, les doctrines modernes de l'interprétation juridique comprennent le droit dans la balance des intérêts en soulignant que « la justice et la raison commandent d'adapter librement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne²⁵ ». Refusant la distinction classique d'opposition entre la lettre et l'esprit du texte, GénY considère que l'interprétation juridique comporte deux volets réciproquement liés : l'interprétation par la formule du texte consiste à découvrir l'activité psychologique de l'auteur ; et, également, l'interprète doit « tenir compte des exigences morales, politiques, sociales, économiques et même techniques auxquelles [l'interprétation] devrait satisfaire »²⁶. Cet auteur préconise, donc, que l'existence réelle d'une volonté est la condition nécessaire de l'interprétation de la formule du texte ; à défaut,

²¹ Voir J. DOMAT, *op. cit.*, Livre I, Titre I, Sec. II ; voir aussi B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, *op. cit.*, p. 263.

²² *Ibid.*

²³ Voir J. BONNECASE, *L'École de l'exégèse en droit civil*, 2^e éd., Paris, 1924.

²⁴ Voir Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse, Paris II, 1988, n° 23, p. 17.

²⁵ Discours de M. BALLOT-BEAUPRE, in *Le Centenaire du Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1904, p.23, spéc. p. 27, cité par Y. PACLOT, thèse, *op. cit.*, n° 24, p. 19.

²⁶ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Préf. R. SALEILLES, éd. LGDJ, Paris, 1932, n° 104, cité par Y. PACLOT, thèse, *op. cit.*, n° 25, p. 20.

l'interprète exerce une libre recherche scientifique pour élaborer une solution juridique au regard des éléments objectifs à l'extérieur du texte²⁷.

H. Kelsen, fondateur de l'école normativiste et créateur de la théorie de pyramide des normes, « refuse catégoriquement de considérer l'interprétation comme un acte de connaissance du droit et la définit à l'inverse comme un acte de volonté, un acte de politique juridique²⁸ ». Selon lui, « l'interprétation consiste, pour l'autorité compétente, à choisir entre les différentes possibilités de concrétisation de la norme laissées ouvertes par l'autorité supérieure²⁹ », car « il n'y a purement et simplement aucune méthode que l'on puisse dire de droit positif qui permettrait de distinguer, entre plusieurs significations linguistiques d'une norme, une seule, qui serait la vraie signification³⁰ ». Kelsen refuse, en effet, « de reconnaître la moindre valeur scientifique aux méthodes fondées sur l'examen conjoint du texte et de la volonté de l'auteur, l'utilisation des arguments logiques ou encore la balance des intérêts³¹ ». L'influence de la théorie de Kelsen sur la pratique française de l'interprétation juridique est évidente, notamment pour la distinction entre l'interprétation et la qualification. De plus, inspirés par cette théorie, les juristes français distinguent la force obligatoire du contrat du contenu obligationnel du contrat³².

Aujourd'hui, l'ambivalence de l'interprétation du contrat est issue de l'évolution de la doctrine du droit précitée. En effet, les théories d'interprétation juridique se développent encore. Le courant pragmatique de l'interprétation, tel que la théorie de la déconstruction³³, la nouvelle rhétorique³⁴, la nouvelle herméneutique³⁵, voire le solidarisme contractuel³⁶, relativise et tempère toutes les philosophies interprétatives et toutes les méthodes interprétatives.

²⁷ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., n° 156, cité par Y. PACLOT, *eod. loc.*

²⁸ B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., n° 274, p. 582-583, en référant H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, éd. Bruylant-LGDJ, Bruxelles –Paris, 1999, trad. par Ch. EISENMANN, p. 335-342.

²⁹ B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., n° 274, p. 583.

³⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 338, cité par B. FRYDMAN, op. cit. p. 583.

³¹ *Ibid.*, n° 274, p. 584.

³² Voir P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ., 1999, p. 771 et s.

³³ Voir J. DERRIDA, *La voix et le phénomène, introduction au problème du signe dans la phénoménologie de Husserl*, éd. Puf, Paris, 1967.

³⁴ Ch. PERELMANN, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, avec Lucie Olbrechts-Tyteca, éd. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009 ; P. RICEUR, *Interprétation et/ou argumentation*, in *Le juste*, éd. Esprit, Paris, 1995.

³⁵ H.-G. GADAMER, *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, éd. du Seuil, 1976.

³⁶ Voir, par ex. : D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, Mélanges offerts à F. TERRE, éd. Dalloz, Puf et J.-C., 1999, p. 603-634 ; La réduction des obligations contractuelles, *Droit & Patrimoine*, n° 58, mars 1998, p. 58-68 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation des contrats*, RTD civ. 1997, p. 357-385 ; Ch. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, op. préc., p. 46-57 ; *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, op. préc., p. 905-907 ; Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges P. DIDIER, éd. Economica, Paris, 2008, p. 248.

Le droit chinois contemporain est, lui aussi, plus ou moins influencé par les conceptions et les théories précitées. Pour réaliser une comparaison claire des droits français et chinois, il faut connaître les différences du contexte de la culture juridique entre ces deux pays.

Une des différences se manifeste d'abord en matière de conception du droit. Par exemple, pour dire le terme « Droit », la langue chinoise utilise l'idéogramme « 法 ». D'après le vieil ouvrage « 说文解字³⁷ » (*Critique historique des écritures*), cet idéogramme comprend deux parties : la partie gauche de l'idéogramme résume le mot « 水 ». Celui-ci désigne une situation d'équilibre. « Portez horizontalement un bol d'eau » dit un vieil idiotisme chinois, car ne pas maintenir le bol horizontal n'est pas sans risque de dommages. L'autre partie de l'idéogramme du mot « Droit », la partie droite, qui sert généralement à la prononciation, indique, là, un ancien mot qui représentait un fauve muni de deux cornes dirigées contre les gens de mauvaise foi. S'appuyant sur la tradition grecque, l'Occident représente le Droit par la « balance », excellent symbole pour désigner la recherche d'équilibre entre la charge des deux plateaux. Le bol chinois empli d'eau et la balance grecque représentent la même métaphore : la justice. Intéressante illustration, le Droit en chinois évoque la justice par une force unique. En revanche, le droit occidental met l'accent sur la recherche d'égalité entre plusieurs forces. Ce constat montre bien la différence de conception du rôle du droit entre la Chine et la France.

Si l'on constate qu'accompagnant la philosophie individualiste, le libéralisme économique confère au contrat une valeur immense à une certaine époque, l'acceptation de la pensée individualiste et du mode de l'économie de marché en Chine est beaucoup plus tardive qu'en France. Car l'individualisme ne fait pas partie, traditionnellement, de la pensée philosophique dominante chinoise. Celle-ci repose sur la pensée confucéenne. La pensée confucéenne trouve ses origines en la personne de Confucius (Kong Qiu, 551-479 av. J.-C.) et eut pendant deux millénaires (453 av. J.-C.-1911 ap. J.-C.) une influence considérable sur l'organisation politique et sociale de la Chine impériale. Confucius vénérât les anciens souverains et préconisait

³⁷ 汉语大字典 *Grand dictionnaire de la langue chinoise*, p.1579.

les « rites³⁸ », la « bienveillance », l'éducation, la « voie royale » (c'est-à-dire les méthodes douces), le « gouvernement par les hommes » (par les hommes « saints », qui possèdent le « génie inné » et sont « nés pour gouverner »). Le confucianisme est un ensemble de règles morales de vie en société. À travers les transformations qu'elle a subies au cours des siècles, cette pensée peut être résumée en deux volets complémentaires et, dans une certaine mesure, contradictoires. D'une part, le confucianisme est profondément conservateur attaché à la hiérarchie et à un système d'inégalités sociales. La masse (xiaoren) doit être gouvernée par les hommes honnêtes (junzi) et elle leur doit obéissance. Car l'homme honnête n'envisage la vie que du point de vue de la justice, alors que l'homme « moyen » ne l'envisage que du point de vue de son intérêt individuel. Mais, d'autre part, on trouve dans le confucianisme un humanisme, un souci de justice et de modération, ainsi qu'une certaine idée d'égalité, préoccupations certes accessibles aux lettrés, qui tempèrent son aspect autoritaire. L'individu se trouve toujours dans une certaine relation sociale, caractérisée par les « cinq vertus sociales » ou les « cinq relations ». Les « cinq vertus sociales » correspondent à cinq rapports existant dans la société : « prince et sujet », « père et fils », « aîné et cadet », « mari et femme », « amis entre eux »³⁹. Ces rapports reposent non seulement sur une certaine hiérarchie sociale, mais impliquent aussi des obligations réciproques. Par exemple, si la masse se doit d'être loyale envers l'Empereur (zhong), celui-ci se doit de faire montre de bienveillance à l'égard de ses sujets. Dans la conception confucéenne, l'individu n'est qu'un débiteur de devoirs et d'obligations dans le cadre de ces rapports sociaux. Les intérêts de la société sont supérieurs à ceux des individus.

La philosophie individualiste est apparue à la fin du XIX^e siècle en réaction à des agressions venant des pays occidentaux⁴⁰. À travers la signature de traités inégaux accordant des privilèges aux pays occidentaux, la Chine connaissait alors un statut de semi-colonie, lui faisant perdre son indépendance. Il était nécessaire d'opérer des réformes afin de redonner à l'Empire toute la souveraineté. Les Réformistes de l'époque des Qing adhéraient aux idées de Rousseau, de Montesquieu et aux conceptions occidentales des droits et des libertés individuelles. Mais ils n'envisageaient pas que ces droits et libertés soient un moyen de protéger les

³⁸ C'est l'ensemble des règles du comportement sur le plan moral dans la tradition culturelle chinoise.

³⁹ 张晋藩 ZHANG Jinfan, *La tradition juridique chinoise et le changement de la forme à l'époque moderne* (中国法律传统与近代转型), éd. 法律出版社, 1997, p. 68- 91.

individus contre les abus de l'État. Au contraire, ils pensaient que c'étaient des moyens pour servir les intérêts de l'État et pour repousser les agressions étrangères. L'on retrouve ici la pensée confucéenne, selon laquelle les individus n'ont pas besoin de droits individuels contre l'État, car ce dernier est par nature bienveillant. Après la disparition de la dynastie Qing, succéda la République nationaliste de Chine, créée par Sun Yat-sen (1866-1925), premier président chinois. Bien que celui-ci ait mis en place, pour la forme, un régime constitutionnel et qu'il ait institué la séparation des trois pouvoirs, – législatif, exécutif et judiciaire –, comme un obstacle à la construction de la Nation, il estimait que ces pouvoirs devaient être contrôlés et régulés par un État centralisé sous l'autorité d'un parti : le Parti national qui dirigea la Chine de 1927 à 1949.

À partir de 1949, sous l'empire du Parti communiste chinois, le socialisme est devenu un dogme dominant en Chine. La théorie marxiste-léniniste s'oppose aux concepts des droits naturels et établit la dictature du prolétariat sur la bourgeoisie⁴¹. La critique marxiste accuse les libéraux d'avoir hypocritement proclamé des droits et libertés dont la masse des citoyens ne peut pas jouir effectivement, n'ayant pas les moyens matériels ou intellectuels pour les mettre en œuvre. Donc, la notion de droits fondamentaux est seulement pensée comme un moyen par lequel la bourgeoisie trompe le prolétariat. La pensée marxiste affirme la supériorité des intérêts collectifs de la société sur les intérêts des individus. D'après ce principe, les droits individuels peuvent être restreints s'ils viennent à entrer en conflit avec des intérêts supérieurs de la société (ce qui s'explique selon la pensée marxiste : les hommes font intrinsèquement partie de la société). Ce devoir de sacrifier ses intérêts propres à ceux de la société, à ceux de la collectivité, se retrouve aussi dans la pensée confucéenne. Ici, nous constatons une fusion parfaite entre le marxisme et le confucianisme. L'individualisme est considéré comme une pensée malhonnête dirigée contre la cohérence du système social. Selon cette logique, l'individu demeure toujours sujet de devoir. Du confucianisme au socialisme du XX^e siècle, cette situation n'a jamais changé.

Depuis 1979, la politique d'ouverture de la Chine vers l'extérieur et la volonté de réhabilitation du droit ont incité les autorités chinoises à modifier leur attitude en

⁴⁰ Première et seconde guerre de l'opium : 1839-1842 ; 1857-1860.

matière de droits de l'homme. Le concept des droits universels de l'homme, en tant que philosophie individualiste occidentale, est peu à peu accepté. La révision récente de la Constitution chinoise, en 2004, en est justement une preuve. Une politique de réforme économique et d'ouverture au monde a été réalisée sous la direction de Deng Xiaoping. En 1993, l'économie de marché libre a été officiellement reconnue par la Constitution. La mondialisation de l'économie chinoise exige un développement rapide du droit. Désormais, en tant que fondement moral de l'économie libre, le principe de l'autonomie de la volonté des individus est accepté en droit chinois.

Dans l'histoire féodale chinoise de deux millénaires et demi, le gouvernant avait appliqué la politique du dirigisme contraignant. L'autonomie de la volonté ou la liberté contractuelle n'ont pas eu la possibilité d'être consacrées par le droit. Car, à l'époque, il n'existait pas en Chine de législation civile. Bien que les gouvernants de chaque dynastie aient promulgué des codes, la plupart étaient des codes de droit pénal. Des peines pénales étaient prévues pour les litiges civils comme pour les crimes. Sous l'empire du confucianisme, l'usage était de régir les rapports civils généraux. Comme l'État était omniprésent dans les relations entre individus, le droit administratif et le droit pénal prédominaient. J. Escarra⁴² l'explique bien : « La rareté des dispositions légales de droit privé, en Chine, s'explique avant tout par le fait que les seuls « modèles » qui intéressent l'ordre universel sont évidemment ceux qui correspondent à des institutions regardées comme essentielles pour le maintien de cet ordre. Un mariage selon les règles, une institution d'héritier correcte importent à l'ordre universel. Mais non une vente, une location, un contrat quelconque...⁴³ ». Comme était le droit canonique en vigueur dans l'Europe chrétienne au Moyen Âge, la morale confucianiste paraît tenir le rôle de règle juridique en Chine. Elle a été utilisée par les juges pendant toute la période féodale (453 av. J.-C – 1911 ap. J.-C.). D'ailleurs, citons l'arrêt suivant :

Pendant la dynastie Ming, le grand-père de LU emprunte de l'argent au grand-père de CHEN. Quelques années plus tard, la dynastie Qing supplante la Ming en

⁴¹ L. FAOREU et s., *Droits des libertés fondamentales*, 2^e éd. Dalloz, Paris, 2002.

⁴² Jean ESCARRA (1885/1955) était professeur à la faculté de droit de Paris et conseiller du gouvernement chinois dans les années vingt du XX^e siècle.

⁴³ J. BODDE et C. MORRIS, *Le droit chinois : conception et évolution*, Institutions législatives et judiciaires, Science et enseignement, éd. Sirey, Paris, 1936, p. 76.

Chine. Chen demande à LU de rembourser le prêt consenti par le grand-père de l'un au grand-père de l'autre, mais LU refuse en invoquant l'imprévision. Le juge rejette cette argumentation, en précisant que, lorsqu'une promesse est déjà faite, elle doit être exécutée. Cet exemple montre bien que, dans une affaire civile, la règle morale confucéenne prévaut : le juge décide que le changement de circonstances n'a pas d'effet libératoire et que le débiteur doit toujours tenir sa parole⁴⁴.

À partir de la fin de dynastie Qing (XVII^e siècle), l'œuvre de la codification civile avait justement commencé en Chine. La rédaction du Code civil chinois « 大清民律草案 », très inspiré des codes allemand et japonais, contenait une partie traitant du droit des obligations qui aurait assis le droit impérial sur des bases théoriques et des techniques judiciaires propices à un développement harmonieux du droit des contrats. Des années après, le Code civil nationaliste était toujours dans les pas de la tradition juridique romano-germanique. D'une certaine façon, le principe de liberté contractuelle a alors été accepté en droit positif chinois. En 1956, la République populaire de Chine a commencé la rédaction d'un Code civil fortement influencé par le Code civil soviétique. Mais l'instabilité des politiques appliquées par le Parti communiste chinois n'a pas permis de voir aboutir le projet de codification. Dans le cadre de l'économie planifiée, l'autonomie de la volonté n'a pas pu alors se réaliser, et la liberté contractuelle n'a pas pu apparaître nécessaire pour les individus, puisque l'État est le seul maître de toutes les activités économiques et qu'il règle le mode de vie de tous les citoyens.

Depuis 1981, la « Loi sur les contrats économiques » (1982) et les « Principes généraux du droit civil » (1987) sont successivement entrés en vigueur. Bien que le principe de l'autonomie de la volonté soit devenu la règle de droit officielle, la liberté contractuelle a toujours été strictement limitée, soit par la nécessité d'obtenir l'autorisation de certaines autorités administratives, soit en raison de l'ignorance du juge. Une nouvelle loi intitulée « Loi sur les contrats » (1999), a officiellement pris en compte l'esprit de l'autonomie de la volonté. Le législateur a évité, le plus possible, un ton impératif dans la rédaction. Nombre d'articles privilégient l'effet des dispositions négociées par les parties et soulignent le rôle supplétif de la loi. De plus, le contractant dispose davantage de libertés qu'auparavant. Par exemple, la loi

⁴⁴ 王贵国 WANG Guiguo, *古代判例文獻* (Recueil de décisions anciennes), *中国经济合同法概观*, 1986, vol. 3, n° 4, p. 259.

consacre le droit de contracter et en même temps interdit les interventions illégales de tout groupe ou individu ; l'exercice du pouvoir de gestion des autorités publiques est strictement limité ; le contractant peut librement définir le contenu du contrat, même si l'article 12 de la loi dispose, en tant que conseils, des clauses normales d'un contrat ; enfin, le contractant peut préalablement insérer une clause de résiliation dans le contrat.

La théorie de l'autonomie de la volonté convient à une société de libre concurrence. De la fin du XVIII^e siècle à la fin du XIX^e siècle, le libéralisme économique a effectivement développé la production et les progrès sociaux. L'autonomie de la volonté correspond, du fait de l'opposition des intérêts, à l'exigence d'utilité économique. Pourtant, au fil du temps, la concentration économique et commerciale a engendré des disparités considérables au plan économique. Dans les rapports contractuels déséquilibrés, tels que ceux entre l'employeur et ses salariés, entre le consommateur et le professionnel, ou entre le fournisseur et l'acheteur, l'autonomie de la volonté favorise seulement le fort aux dépens du faible. À partir du XX^e siècle, la justice et l'utilité de l'autonomie de la volonté ont été contestées. Certains auteurs ont parlé de « crise du contrat »⁴⁵. C'est, en effet, une crise de la philosophie individualiste et du libéralisme du contrat. Il est nécessaire d'analyser cette crise et de dégager la direction vers laquelle évolue le droit du contrat. Selon le marxisme, certains auteurs ont affirmé que, « superstructure juridique d'une économie capitaliste, le contrat disparaîtrait lorsque l'échange économique serait remplacé par une distribution selon les besoins »⁴⁶. D'autres auteurs ont soutenu que la solidarité organique de la société est plus profonde que le contrat libre entre individus⁴⁷. Ils demandent, sur le plan de la théorie sociale du droit, de faire prévaloir l'échange des services sur l'opposition des intérêts entre individus ou groupes sociaux. En plus, ils préconisent de nouvelles valeurs pour le contrat : équité⁴⁸, loyauté⁴⁹, solidarité⁵⁰, proportionnalité⁵¹ et fraternité⁵². Ce

⁴⁵ H. BATTIFOL, *La "crise du contrat" et sa portée*, Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 13-30.

⁴⁶ K. STOYANOVITCH, *La théorie du contrat selon E.B. Pachoukanis*, Archives de philosophie du droit, t.XIII, 1968, p. 89.

⁴⁷ J. DONZELOT, *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, éd. Fayard, 1984, éd. Points-Seuil, 1994, p. 81.

⁴⁸ Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, éd. LGDJ, 2000.

⁴⁹ R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, thèse dactyl., Paris II, 1992 ; D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges F. TERRÉ, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 603.

⁵⁰ Ch. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441.

changement de perception du contrat correspond au passage de l'étalon de l'intérêt individuel à celui-ci de l'intérêt social.

Les excès du volontarisme se manifestent aussi de plus en plus souvent en Chine, même si l'application des lois mettant en œuvre le principe de l'autonomie de la volonté est récente. D'une part, la liberté économique confère aux individus de nombreuses autonomies, mais la morale commerciale correspondant à l'économie de marché libre n'a pas été établie. Cela entraîne deux conséquences : d'une part, l'intérêt du consommateur est souvent menacé par une relation déséquilibrée avec les professionnels de production ou de service ; d'autre part, l'absence de la confiance ou du crédit des contractants rompt la sécurité des transactions. Occupant une position dominante⁵³, les entreprises publiques bénéficient injustement de cette position dans leurs rapports avec les autres professionnels ou les consommateurs. Par ailleurs, les entrepreneurs privés obligent leurs salariés à accepter des conditions injustes de travail, etc. Il est donc nécessaire de résoudre ces problèmes d'inégalité par voie de législation et de jurisprudence.

La juridiction est gardienne de la justice sociale. Elle est chargée de sauvegarder l'équilibre du rapport contractuel entre les parties. L'interprétation du contrat peut devenir un instrument utile des juges dans leur vocation sociale. En France, le pouvoir souverain de l'interprétation du contrat appartient aux juges du fond, car ce sont eux qui sont chargés de traiter les questions de fait dans les affaires juridiques. En Chine, les juges du fond ne possèdent pas de pouvoir souverain dans l'interprétation du contrat. L'on peut dire que tous les juges chinois sont juges du fait. La Cour suprême intervient souvent dans l'examen du fait du litige traité devant le tribunal local.

En France, la Cour de cassation, placée au sommet de la hiérarchie juridictionnelle, est chargée de favoriser l'unité d'interprétation des règles juridiques, non d'unifier l'interprétation du contrat. Elle ne peut traiter que des questions de droit

⁵¹ S. PECH-LE GAC, *La proportionnalité en droit privé*, thèse Paris XI, éd. 2000.

⁵² D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999.

⁵³ C'est la conséquence de l'économie du dirigisme contraignant avant la réforme économique en Chine.

et non des questions de fait laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond⁵⁴. Depuis un arrêt du 15 avril 1872, la Cour de cassation se reconnaît le droit de censurer les décisions des juges du fond, lorsque les termes employés par les parties sont clairs et précis, afin d'éviter la dénaturation des termes contractuels⁵⁵.

La Cour suprême populaire de Chine, quant à elle, a une double fonction : d'une part, elle joue, en tant que haute juridiction, le rôle de rendre une décision finale ; d'autre part, elle est chargée de rendre les arrêts ou les documents interprétatifs de la loi pour diriger les travaux des juridictions inférieures.

Comparer les différences de rôle et de fonction entre la Cour de cassation française et la Cour suprême populaire chinoise, permet de mieux comprendre la mise en œuvre de l'interprétation du contrat.

Le projet de cette thèse cherche à analyser les problématiques provoquées par la théorie et la pratique de l'interprétation du contrat : dans quelle condition le juge peut-il exercer son pouvoir d'interprétation du contrat ? Faut-il distinguer la cause de l'interprétation de la condition de l'interprétation même ? L'interprétation du contrat doit-elle viser exclusivement la commune intention des parties ou viser à la fois la volonté des contractants et les éléments objectifs internes et externes du contrat ? Interpréter un contrat, c'est interpréter la commune intention des parties ou plutôt interpréter un rapport contractuel intégré dans la vie sociale et économique ? L'interprétation du contrat est-elle une opération occasionnelle ou, au contraire, une opération obligatoire dans les traitements du litige ? Quant aux règles d'interprétation du contrat, existe-t-il une hiérarchie ou une chronologie d'application des règles ? La haute juridiction doit-elle affirmer leur rôle en tant que règles de droit ? La fonction de l'interprétation du contrat vise-t-elle seulement la clarification de la volonté des parties ? L'interprétation du contrat peut-elle combler les lacunes du contrat ? Les règles d'ordre public peuvent-elles devenir le fondement de l'interprétation du contrat ? La correction du contenu du contrat a-t-elle besoin de participation de l'interprétation du contrat ?

La recherche des problématiques exposées ci-dessus détermine, en effet, l'intérêt du projet de cette thèse. Théoriquement, le travail de thèse défie la définition

⁵⁴ *Lexique des termes juridiques*, 13^e éd. Dalloz, 2001, p. 165.

traditionnelle de l'interprétation du contrat, en glosant de nouveau le sens et l'esprit des règles classiques d'interprétation, et en analysant le rôle des règles d'ordre public dans l'interprétation du contrat. Pratiquement, le travail de thèse se fonde sur une recherche approfondie des fonctions de l'interprétation du contrat dans les activités judiciaires. De plus, ce travail vise directement les questions aujourd'hui controversées en doctrine et essaie de donner des solutions admissibles.

En outre, l'intérêt de la comparaison juridique consiste à connaître et à comprendre deux cultures juridiques différentes. Sans doute, la comparaison entre le droit des contrats français et chinois mettra en valeur les différences en matière de logique, de structure du régime juridique, de choix des termes juridiques, de pratique du juge, etc. Bref, nous sommes confrontés à la différence de culture contractuelle. L'histoire montre que ces deux droits ont choisi deux chemins différents d'évolution : le droit français des contrats a créé un système théorique propre et le maintient au fil des siècles ; au contraire, la Chine a été obligée de renoncer à sa propre tradition culturelle juridique et a assimilé les droits occidentaux, principalement les codes des pays européens issus du droit romain.

Du début du XVIII^e siècle jusqu'à aujourd'hui, les élites intellectuelles chinoises en droit ont toujours été convaincues que « la Chine ne pouvait demeurer plus longtemps étrangère au mouvement de codification qui se généralisait dans le monde entier »⁵⁶. La France a joué un rôle non négligeable dans l'établissement de la codification de la Chine nationaliste, grâce à l'influence des conseillers juridiques qu'elle dépêcha auprès du gouvernement, d'abord M. G. Padoux, ministre plénipotentiaire de France, et surtout, à partir de 1921, le professeur J. Escarra. Mais, à cause de la différence culturelle et de l'absence d'expérience, les prémices de la codification moderne en Chine étaient caractérisées par une tendance à traduire presque littéralement les codes étrangers. À partir de 1928, les législateurs chinois ont pris en considération le fait que des portions importantes de la législation présentaient un caractère théorique et abstrait, qui contrastait avec les conditions sociales et économiques de la Chine. Peut-être les études juridiques comparatives ont-elles commencé dès lors. Ces études ont servi à l'assimilation juridique ou à l'incrustation

⁵⁵ Cass. civ., 15 avril 1872, *DP* 72.1.176, S. 72.1.232, *Grands arrêt* n° 160.

des règles. Pourtant, la culture traditionnelle chinoise ne se fonde jamais sur la tradition du droit romain, ni même sur celle de la civilisation grecque antique, origine de la civilisation occidentale. Ceci explique que le droit chinois des contrats souffre toujours d'une déficience congénitale en matière d'études théoriques et d'expériences législatives. Cette déficience devient pour les juristes chinois un obstacle pour bien comprendre la situation actuelle du contrat et prévoir correctement l'avenir du contrat. Malgré toutes les difficultés linguistiques et culturelles, les juristes chinois poursuivent successivement cette aventure intellectuelle.

L'interprétation du contrat est non seulement un régime légal, mais aussi une pratique judiciaire. L'interprétation du contrat consacrée par le droit positif (Première partie) ne peut pas empêcher l'extension de l'interprétation du contrat dans la pratique (Seconde partie).

⁵⁶ J. ESCARRA, *Le Droit chinois*, éd Libraire du Recueil Sirey, Paris, 1936, p. 106.

Première partie : L'interprétation du contrat consacrée

L'interprétation du contrat est, tant en France qu'en Chine, consacrée par la loi et par la jurisprudence. Le Code civil français a initialement créé le régime d'interprétation des conventions en 1804. L'évolution de la jurisprudence donne aux règles légales d'interprétation des intérêts pratiques. La consécration légale et jurisprudentielle implique que l'interprétation du contrat est bien entrée dans le droit positif. Elle se manifeste soit par les règles impératives, soit par les règles supplétives ou facultatives.

En tant que règles légales, la mise en œuvre de l'interprétation du contrat doit correspondre à la procédure judiciaire corrélative. Substantiellement, l'interprétation du contrat constitue également un ensemble de règles intrinsèquement harmonieux. Or, la doctrine d'interprétation du contrat est strictement liée au droit positif. Les juristes cherchent à découvrir tous les mystères de l'interprétation du contrat. Ils se concentrent d'abord sur le rôle de l'interprétation du contrat (Titre I). Puis, ils s'occupent d'analyser le régime de l'interprétation du contrat (Titre II).

TITRE I : ROLE DE L'INTERPRETATION DU CONTRAT

L'interprétation joue un rôle important dans les litiges, parce qu'il s'agit de la clarification du fait contractuel. Cette opération permet aux juges de découvrir la commune intention des parties et les éléments objectifs dans le contenu du contrat.

Dans la pratique judiciaire, le droit positif fixe un certain seuil pour la démarche de l'interprétation du contrat. Pour justifier l'opportunité de ce seuil, il faut avoir une connaissance exacte sur la différence entre les causes et les conditions de l'interprétation du contrat (Chapitre I).

En outre, la pratique judiciaire de l'interprétation du contrat approfondit notre connaissance sur cette opération intellectuelle. Il est nécessaire de révéler les substances de l'interprétation du contrat (Chapitre II) afin d'orienter sa mise en œuvre.

Chapitre I : Causes et conditions de l'interprétation du contrat

Pourquoi les juges doivent-ils exercer une interprétation au contrat ? Peuvent-ils interpréter le contrat en tout moment ? Et comment interprètent-ils la convention des parties ?

Pour répondre ces questions, les théories traditionnelles du droit français et du droit chinois donnent des solutions différentes (Section 1). Comparer ces différences permet de mieux connaître les caractéristiques de la pensée des deux cultures juridiques (Section 2).

Section 1 : Théories traditionnelles différentes en droits français et chinois

L'interprétation du contrat est strictement liée au raisonnement juridique. Envisageant la question sur les causes et les conditions de l'interprétation du contrat, le droit français exerce un raisonnement sous la prédominance des critères subjectifs (§ 1). Or, le droit chinois s'inscrit plutôt dans le raisonnement sous la prédominance des critères objectifs (§ 2).

§°1. Raisonnement sous la prédominance des critères subjectifs en droit français : ambiguïté, obscurité ou absurdité

La théorie française de l'interprétation du contrat repose sur les travaux remarquables des jurisconsultes. Les articles 1156-1164 du Code civil d'aujourd'hui peuvent trouver leur origine dans les règles d'interprétation des contrats formulées par Domat et Pothier. Les juristes contemporains emploient habituellement les termes traduits ou créés par ces deux grands jurisconsultes, précurseurs du Code civil, tels

que par exemple, « ambiguïté », « obscurité » et tout autre vice d'expression, etc.⁵⁷. En effet, ces termes servent à révéler les causes de l'interprétation du contrat. Ils provoquent naturellement une recherche de la commune intention interne des parties. La théorie française de l'interprétation du contrat est donc qualifiée comme une démarche interprétative reposant sur un critère subjectif d'appréciation.

À partir d'une analyse de textes, de paroles et de comportements par lesquels la volonté des contractants se manifeste, les juristes français définissent la nécessité d'une interprétation du contrat comme une question de rapport entre la volonté et sa déclaration. Ils cherchent à annoter les termes classiques et à réaliser une distinction entre l'ambiguïté, l'obscurité et l'absurdité. Avec l'ambiguïté, on constate une pluralité de sens possibles ; l'obscurité désigne l'absence de sens apparents ; l'absurdité est une expression irrationnelle et déraisonnable de la pensée⁵⁸. Il existe également les cas de pensées défectueuses et de lacunes de la pensée⁵⁹. Toutefois, ces cas, en tant qu'imperfection de l'intention, apparaissent souvent comme vices d'expression, même si leur nature est intentionnelle.

A. Unification entre la cause et la condition de l'interprétation du contrat

Le raisonnement d'interprétation s'intéresse aux apparences des activités de contracter. Le texte contractuel, la parole et les autres comportements des parties, éléments qui déterminent la formation du contrat, appartiennent par nature à la déclaration de la volonté des contractants. L'article 1156 du Code civil engendre la règle primordiale de chercher la commune intention des parties. Cette règle est considérée comme directive des autres règles interprétatives⁶⁰. Ainsi, selon la directive issue de la jurisprudence de la Cour de cassation, lorsque les termes employés par les parties sont clairs et précis, les clauses du contrat ne sont pas

⁵⁷ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. 1777, t. 1, n° 10 et s., 1^{er}, 6^e et 7^e règles.

⁵⁸ Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse, Paris II, 1988, p. 375 et 377.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 379-384.

⁶⁰ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, éd. L.G.D.J., 1961, n°3, p.4 ; H. TROFIMOFF, Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats, *RHDFE*, 1994, p. 203.

sujettes à interprétation, sous peine de dénaturation de l'acte⁶¹. « L'idée de cet arrêt est simple : en interprétant un contrat qui n'avait pas lieu de l'être, car sa lettre était claire et précise, les juges ont violé la volonté des parties⁶² ». Cette exonération spécifique de l'interprétation reflète l'exigence du principe de l'autonomie de la volonté des parties. Donc, **l'ambiguïté, l'obscurité et l'absurdité sont non seulement les causes de l'interprétation du contrat, mais aussi les conditions de celle-ci.**

Cette observation a été exprimée par plusieurs jurisconsultes. Cujas a estimé qu'il existe deux sortes de paroles : la claire et l'ambiguë. La première convient de s'y tenir ; quant à la seconde, il faut s'attacher à l'intention⁶³. Au XVIII^e siècle, les civilistes ont préconisé l'obéissance du juge au texte de normes dont l'écrit contractuel. Laurent a trouvé son fondement théorique dans le premier projet du Code civil, puisque le préliminaire de ce Code avait bien stipulé : quand une loi est claire, il ne faut pas en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit⁶⁴. Demolombe s'est fait l'héritier de l'observation de Cujas et a souligné la nécessité de l'obscurité et de l'ambiguïté en tant que conditions d'interprétation du contrat⁶⁵. Toutefois il a initialement opposé l'intention commune des parties au sens littéral des termes du contrat⁶⁶. Cette idée a obtenu de nombreux soutiens chez les juristes français qui ont fait des recherches en droit civil allemand⁶⁷. Il s'agit, donc, de la question de la prédominance soit de l'intention interne des parties, soit de l'intention déclarée. Or, en droit français, cette distinction s'est couramment traduite par la relation entre le but direct et la motivation des contractants. L'intention déclarée, notion initiale du droit allemand, semble pouvoir s'inscrire dans le but direct manifesté par le consentement du contractant. Mais, en tout cas, cette notion est distincte de la commune intention interne des parties, car elle souligne la volonté d'une des parties connue par son cocontractant, mais non toute intention interne du contractant. En ce

⁶¹ Cass. civ., 15 avril 1872, DP 72.1.176 ; S. 73.1.232 ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12^e éd., n° 161, en affirmant « qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme ».

⁶² F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 9^e éd. Dalloz, Paris, 2005, n° 459, p.463.

⁶³ E. DE CALLATAY, *Études sur l'interprétation des conventions*, éd. Bruxelles-Paris, 1947, n° 12, p.20.

⁶⁴ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., 1878, t. 16, n° 502, p. 581.

⁶⁵ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 2^e éd., 1871, t. 2, n° 4.

⁶⁶ *Ibid.*, *op. cit.* n° 4.

⁶⁷ A. RIEG, thèse *op. cit.*, n° 394 et s. jugeant que la théorie de la dénaturation fait prévaloir l'idée que la déclaration de volonté prime sur la volonté interne.

sens, le droit français a évidemment une tendance de subjectivisation des critères d'interprétation. En effet, un contrat clair est implicitement considéré comme une déclaration exacte des volontés internes des contractants.

L'attitude de la juridiction française paraît très ferme en matière de conditions de l'interprétation du contrat. Outre l'arrêt célèbre de la Cour de cassation, pris en 1872, les tribunaux locaux ont émis beaucoup de décisions soutenant la limite des conditions d'interprétation du contrat⁶⁸. La Cour de cassation a désormais suivi cette politique judiciaire dans ses jugements⁶⁹. Elle a même imposé au juge du fond d'interpréter un acte obscur ou ambigu⁷⁰. Cette orientation implique que la jurisprudence peut créer le principe que les règles d'interprétation ne jouent leur rôle que « là où il y a obscurité ou contradiction des clauses de la convention⁷¹ ». Cette condition d'interprétation a été à nouveau confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation en 1996⁷².

B. Séparation entre la cause et la condition de l'interprétation du contrat

Sur la question de la condition de l'interprétation, il n'y a jamais eu l'unanimité doctrinale. Précurseurs des concepts modernes contractuels, Domat et Pothier n'avaient pas jugé nécessaire de tenir compte des critères d'une obscurité et d'une ambiguïté en tant que conditions de l'interprétation du contrat. Pour eux, **l'ambiguïté, l'obscurité et l'absurdité ne sont que les causes de l'interprétation du contrat, et non les conditions de celle-ci.**

Domat a désigné, dans sa quatrième règle d'interprétation des contrats, que « si les termes d'une convention paraissent contraires à l'intention des contractants, d'ailleurs évidente, il faut suivre cette intention plutôt que les termes⁷³ ». Cette règle

⁶⁸ Caen, 28 janv. 1827, *Dalloz, Rép. Prat.*, V° obligations, n°849 ; Pau, 27 janv. 1891, *D.* 1892, II p. 39 ; Bordeaux, 10 déc. 1928, *D.* 1929 ; Caen, 14 déc. 1942, *D.C.* 1944, 112, cit. par J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse, Université de Paris, 1968, p. 26.

⁶⁹ Cass. civ., 10 et 11 mai 1948, *Gaz. Pal.* 1948.2.41.

⁷⁰ Cass.com., 7 janv. 1975, *DS* 1975, p.516, note Ph. MALAURIE, *JCP G* 1975, II, 18167, note J. GHESTIN.

⁷¹ H. et L. MAZEAUD, commentaire, *RTD civ.*, 1948, p. 468.

⁷² Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1996, *Bull. civ.*, I, n° 233, p. 155, jugeant que « les juges du fond ne peuvent interpréter les conventions que si celles-ci sont obscures ou ambiguës ».

⁷³ J. DOMAT, *op. préc.*, n° 13.

signifie que l'intention interne des parties doit prévaloir sur les termes contractuels, peu importe qu'ils soient clairs ou non. L'exigence unique est l'évidence de la contradiction entre l'intention des contractants et les termes de la convention. Pothier, héritier des concepts de Domat, a élaboré une règle célèbre au Code civil français dans ses travaux de formulation des règles d'interprétation des conventions. Selon lui, l'« on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plus que le sens grammatical des termes⁷⁴ ». Ici, il n'y a pas de conditions limitatives dans lesquelles le juge du fond est autorisé à rechercher la commune volonté interne des parties. Aubry et Rau ont fait une analyse appropriée de la cause de l'émergence des conditions d'interprétation⁷⁵. Ils ont constaté l'excès de pouvoir du juge du fond. Ceci a entraîné que la Cour de cassation a eu envie de limiter la recherche de la commune intention des parties dans les litiges. Car si le juge du fond peut librement écarter l'application de clauses claires et précises des contrats, il est possible pour celui-ci d'abuser du pouvoir et d'altérer l'intention réelle des contractants. Cet abus s'oppose à l'esprit de l'article 1156 du Code civil. Malgré cet écueil lié à la pratique judiciaire, Aubry et Rau ont finalement préconisé que le principe établi par l'article 1156 doit toujours primer sur la limite des pouvoirs du juge.

Par ailleurs, nombre de critiques visent à l'objectivité d'un acte clair et précis. Dereux a indiqué que « rien ne serait plus obscur que l'idée de 'l'acte clair'⁷⁶ ». Génys a critiqué le raisonnement d'actes clairs ou obscurs reposant sur une illusion rationaliste⁷⁷. Grâce aux théories contemporaines du langage et de l'interprétation, on accepte de plus en plus que la polysémie soit la nature essentielle de la lettre et du comportement. Il n'est possible de retrouver le sens unique du contrat que dans son contexte d'énonciation et d'application⁷⁸. Le doyen G. Marty a préconisé que, si le juge du fond peut conférer à sa décision une motivation suffisante qui permettrait à la

⁷⁴ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, éd. Lettlier, t. 1, an XIII (1805), n° 91.

⁷⁵ AUBRY, RAU et s., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6^e éd. Marchal et Billard, 1936, n° 347.

⁷⁶ G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, p. 88 et s.

⁷⁷ F. GENYS, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, L.G.D.J., 2^e éd., t. 1, 1919, n° 96, p. 256.

⁷⁸ M. VAN DE KERCHOVE, *Le sens clair d'un texte : argument de raison au argument d'autorité ?*, in G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (dir.), *Argument d'autorité et argument de raison en droit*, éd. Nemesis, 1988, p. 291 et 307. ; voir aussi, T IVAINER, *Qu'est-ce qu'un texte clair ?*, in *Le droit en procès*, ouvr. coll., Puf, 1983, p. 147 et s.

Cour de cassation de connaître les faits qui conduisent le juge à s'écarter du texte de la convention, l'interprétation d'un contrat clair est entendue comme possible⁷⁹.

Malgré l'indifférence de la Cour de cassation à l'égard de ces analyses doctrinales, certaines décisions de la juridiction ont retenu cette doctrine. Dans ces arrêts, les juges ont considéré « à bon droit que, malgré leur clarté, les termes invoqués pris dans leur sens littéral étaient inconciliables avec l'ensemble du contrat et l'intention évidente des parties⁸⁰ ».

Les arguments doctrinaux et de certaines jurisprudences précités ne peuvent pas empêcher la considération utilitariste de la Cour de cassation qui a trouvé plusieurs principes fondamentaux pour interdire l'abus de pouvoir du juge, tels la sécurité juridique⁸¹ et la vérité des preuves du procès⁸². Mais la distinction entre un contrat clair et un autre obscur est toujours vague. Certains auteurs pensent même qu'il est « vain de chercher dans la jurisprudence de la Cour de cassation un critère sérieux entre le clair et l'obscur⁸³ ». Cette situation provoque des difficultés d'appréciation dans la pratique du juge du fond. D'une part, l'interprétation du contrat effectuée risque d'être censurée au nom de la dénaturation ; d'autre part, le juge refusant d'interpréter un contrat risque de se voir imposer un devoir d'interprétation⁸⁴. Si le juge du fond cherche toujours à distinguer les termes obscurs ou ambigus des clauses contractuelles claires, il va se trouver dans un état d'hésitation. Il ne faut donc pas confondre les causes de l'interprétation du contrat avec les conditions de celle-ci, c'est-à-dire que l'ambiguïté, l'obscurité et l'absurdité ne doivent pas être estimées comme les conditions de l'interprétation du contrat.

Les controverses doctrinales ont fortement influencé la démarche de réforme du droit des contrats en France. L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (autrement dit l'avant-projet Catala) cherche à déterminer, sur un plan

⁷⁹ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse, éd. Sirey, Toulouse, 1929, n°151, p. 318.

⁸⁰ Sco., 11 juin 1942, *D.C.* 1943.135, note J. Flour ; Reg., 15 avril 1926, *S.* 1926.1.151.

⁸¹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M.BILLIAU, *Droit civil : les effets du contrat*, éd. L.G.D.J. 2001, n° 25, p. 35.

⁸² Cass. com, 6 juillet 1993, *J.C.P.* 1993, éd. G., II, 2126, commentaire par J. Boré.

⁸³ T. IVAINER, *art. préc.*, n° 29.

⁸⁴ A. BENABENT, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd. Montchrestien, 2007, n° 274, p. 214.

législatif, les conditions d'interprétation déjà établies par les jurisprudences⁸⁵. Cette motivation implique le maintien de l'unification des causes et des conditions de l'interprétation du contrat en droit français. En revanche, l'avant-projet de réforme du droit des contrats rendu par la Chancellerie en 2008 tend à détacher une interprétation motivée des clauses claires et précises à condition de ne pas dénaturer le contrat⁸⁶.

§2. Raisonement sous la prédominance des critères objectifs en droit chinois : contestations des parties

Le droit chinois montre un raisonnement distinct de celui du droit français en matière de conditions de l'interprétation du contrat. Ce raisonnement met l'accent sur une prédominance des critères objectifs, à l'encontre de la primauté des éléments psychologiques. Il convient d'analyser d'abord la condition unique de l'interprétation du contrat consacrée par le droit positif chinois (A), puis d'étudier les causes de celle-ci (B).

A. La condition unique de l'interprétation du contrat

La législation chinoise sur les contrats affirme une condition d'interprétation : la contestation des parties dans la compréhension des clauses contractuelles. L'article 125, alinéa 1, de la «Loi sur les contrats » dispose que, en se référant au sens littéral de l'expression, aux clauses contractuelles corrélatives, au but du contrat, aux usages de transaction et au principe de bonne foi, le juge détermine le sens véritable des clauses, lorsqu'il y a certaine(s) contestation(s) entre les parties dans la compréhension des clauses contractuelles.

⁸⁵ P. CATALA, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, éd. *RDC* 2006/1, v. art. 1138, p. 218, qui stipule que « les clauses claires et précises ne sont pas sujettes à interprétation, à peine de dénaturation de l'acte ».

⁸⁶ Ministère de la Justice, *Projet de réforme du droit des contrats*, art. 154, juillet 2008, qui stipule que « l'interprétation ne peut conduire à dénaturer les clauses claires et précises d'un contrat ».

La fixation de cette condition se fonde, en effet, sur le raisonnement suivant : les règles de la loi servent essentiellement aux travaux du juge dans les litiges. En pratique, lorsqu'il n'existe aucune contestation contractuelle entre les parties, ou lorsque les contractants peuvent résoudre la contestation entre eux-mêmes par la renégociation, les interprétations visant aux clauses du contrat n'ont aucune portée juridique⁸⁷. En effet, l'interprétation du contrat permet aux juges d'éclairer et de préciser les clauses contestées du contrat entre les parties.

La condition de contestation des parties limite l'activité d'interprétation du juge. Le juge ne doit pas traiter un litige par l'interprétation de clauses incontestées. Le motif du législateur semble avoir pour objet d'interdire la dénaturation des clauses contractuelles et d'éviter l'arbitraire du juge.

La règle chinoise de l'interprétation du contrat se fonde sur la compréhension de la nature des litiges et la nécessité d'une démarche d'interprétation. La contestation des parties est la cause du litige, parce qu'elle entraîne souvent la difficulté ou l'impossibilité de l'exécution du contrat. De même, l'interprétation du contrat ne montre son utilité réelle que dans le travail de jugement judiciaire d'un litige. Comme les autres instruments judiciaires dans la procédure civile, l'interprétation du contrat consiste à résoudre la contestation des parties. Cette compréhension judiciaire de l'interprétation du contrat constitue, en effet, la directive d'orientation de l'interprétation. Pour la majorité des juristes chinois, elle convient à la tradition pragmatiste de la culture juridique chinoise.

B. Cause des contestations des parties

Les contestations des parties, en soi, ne constituent pas en effet les causes véritables de l'interprétation du contrat. Or, les juristes chinois cherchent à révéler les causes des contestations des parties provoquant l'interprétation du contrat. Sans un principe de prédominance de la volonté des contractants en droit français, la doctrine chinoise révèle trois causes principales : les limites linguistiques à la déclaration de la

⁸⁷ 苏惠祥, *中国当代合同法* (*Le droit chinois des contrats modernes*), éd. Université de Ji Lin Press 吉林大学出版社, 1992, p. 246.

volonté des parties (1), les limites de la compétence de compréhension et d'expression des parties (2) et les limites venant de la coutume, des usages et des circonstances économiques (3).

1. Limites linguistiques à la déclaration de la volonté des parties

Tout d'abord, en matière linguistique, les intentions des contractants sont nécessairement exprimées par la lettre ou par la langue. Or, en pratique, l'écrit et la parole ne peuvent pas être complètement précis et clairs. Le langage est un instrument délicat dans son utilisation, du fait de ses caractéristiques possibles de polysémie ou d'analogie⁸⁸. La volonté des parties est personnelle, mais le langage représente des signes communs reconnus par les individus qui communiquent couramment entre eux. Dans la démarche de la déclaration des volontés, les signes linguistiques neutralisent, en effet, la personnalité de l'intention des parties, afin de convenir aux besoins de communication entre les personnes. Autrement dit, les signes linguistiques préexistants limitent les expressions libres de la volonté interne des intervenants. Ces signes ne peuvent donc pas, par eux-mêmes, indiquer précisément la volonté véritable des parties.

Manifestement, la signification des termes contractuels ne provient pas des mots eux-mêmes. C'est le lecteur qui donne aux signes linguistiques certaines significations⁸⁹. Ce constat souligne le rôle important de la compréhension dans l'interprétation juridique. Une fois que le contrat est formé, les parties ne dominent plus l'interprétation des termes. Le lecteur (ex. : le juge) détermine la signification du texte par sa compréhension propre. Ainsi, la variété des lecteurs entraîne la diversité de compréhension et l'instabilité de la signification des termes. En effet, la fluidité du sens des termes apparaît dans les diverses circonstances d'espaces et de temps⁹⁰.

⁸⁸ 周艳 ZHOU Yan, *合同解释论* L'interprétation des contrats, thèse, 吉林大学 Université de Jilin, 2006, p. 28-32.

⁸⁹ 朱苏力 ZHU Suli, *解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问* Les difficultés de l'interprétation : Questions aux quelques méthodes des textes juridiques, éd. *中国社会科学* Science sociale chinoise, 1997, n° 4, p. 34.

⁹⁰ *Ibid.*

L'évolution du sens des termes reflète souvent le changement d'époque. Meng Zi, grand philosophe confucianiste chinois, disait que « si l'on fait toute confiance à *Shu*, cela n'a aucune valeur ». Ici, le terme *Shu* ne représente pas la signification actuelle de « *livre* », mais exprime son sens originel, le grand ouvrage confucéen « *Shang Shu*⁹¹ ». Autre exemple, le terme juridique « *les enfants* » ne désignait autrefois que les enfants nés de parents légalement mariés. Aujourd'hui, il évoque aussi les enfants nés hors mariage⁹².

La géographie influence également le sens des mots. Par exemple, le terme « *engagement* » utilisé en français ne correspond pas à l'utilisation anglaise de ce terme qui est parfois traduit par « *undertaking* ». Or, ce sont les termes « *commitment* », « *liability* », « *obligation* », « *engagement* » et « *agreement* » qui sont prioritairement employés dans les autres circonstances⁹³.

Par ailleurs, la correspondance entre le terme et son objet matériel n'est pas toujours exacte et stable. Par exemple, autrefois, le « *transport* » désignait les déplacements à cheval. Actuellement, les moyens de transport sont multiples, dont le train, l'avion ou la voiture, etc. De même, la « *jurisprudence* », dans le droit anglo-saxon, équivaut à la loi, source officielle de droit. Mais dans les pays s'inscrivant dans le système du droit civil, ce terme ne représente que des arrêts prononcés par les juges, source de droit inférieure aux lois émises par le Parlement.

Aussi, étant donné l'impossibilité de trouver une correspondance exacte entre le terme et l'objet, il s'agit de vérifier l'existence d'une correspondance générale ou essentielle entre eux. La théorie de la structure du langage est préconisée dans le temps⁹⁴. Selon cette théorie, chaque terme a une signification essentielle au centre de la structure du sens, mais à la marge de cette structure, le sens du terme est flou et variable. Il est donc possible de délimiter le terme par une définition exacte. Cela oblige les lecteurs à lire attentivement le texte et à comprendre la signification essentielle des termes. Cette observation n'est pas proprement chinoise, elle est

⁹¹ 杨伯峻 YANG Bojun, 孟子译注 *Annotation de la philosophie de Meng Zi*, 2^e tome, éd. 中华书局, 1960, p.325 et note 1.

⁹² 朱苏力 ZHU Suli, *op. préc.*, p. 34.

⁹³ Projet de cadre commun de référence, *Terminologie contractuelle commune*, avant-propos de B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008, p. 29-32.

⁹⁴ 杨仁寿 YANG Renshou, 法学方法论 *Les méthodes du droit*, éd. 三联书店 Sanlian, 1987, p. 93-94.

également retenue par des juristes dans d'autres pays. Se référant à la doctrine de Williams (juriste anglais)⁹⁵ et à la théorie de « cadre » de Kato Ichiro (juriste japonais)⁹⁶, certains auteurs chinois préconisent qu'il suffit, pour les termes représentant une signification essentielle, d'effectuer une interprétation littérale. En revanche, pour les termes qui sont utilisés à la marge de la structure du sens, il faut tout d'abord distinguer les termes au sens originel, de ceux au sens extensif. Ensuite, après une appréciation d'intérêts, on effectue une interprétation de finalité dans un sens extensif⁹⁷.

Toutefois, cette théorie de la structure du langage est contestée par M. Zhu Suli⁹⁸. Ce juriste pense que le centre du sens du terme n'est pas plus certain que sa marge. Selon lui, la signification essentielle du terme « fruit » serait pour les gens, au Nord d'un pays, la pomme et la pêche, alors qu'il désigne pour ceux du Sud de ce pays, la banane et l'ananas. M. Zhu indique, qu'en effet, il n'existe pas de substance commune au sein de ces termes. Ce sont des caractères communs qui lient les termes. Cependant, ces caractères ne sont pas les critères de distinction entre le centre et la marge.

2. Limites de la compétence de compréhension et d'expression des parties

En matière de contractants, la capacité de compréhension et d'expression des parties devient le premier élément à rechercher. Fréquemment, les parties n'ont pas prévu certains facteurs importants qui déterminent la possibilité du but contractuel et l'acceptabilité du résultat contractuel⁹⁹. En ce cas, il est impossible pour eux de précisément déclarer leurs volontés véritables. Bien que les contractants aient rédigé le contrat écrit, l'imprévision des circonstances futures entraîne souvent une lacune dans le texte¹⁰⁰.

⁹⁵ G. L. WILLIAMS, *Language and the Law*, *Law Quarterly Review* 71, 1945-1946.

⁹⁶ 加藤一郎 KATO Ichiro, *民法における論理と利益衡量* éd. 有斐閣, 1966, p. 36.

⁹⁷ 梁慧星 LIANG Huixing, *民法解释学 Théorie de l'interprétation du droit civil*, éd. 中国政法大学出版社 Université politique et juridique de Chine Press, 2003, p. 215-216.

⁹⁸ 朱苏力 ZHU Suli, *op. préc.*, p. 37-38.

⁹⁹ 周艳 ZHOU Yan, *op. préc.*, p. 32-33.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 33-34.

La compétence de compréhension des parties limite, en outre, l'élaboration parfaite d'un contrat, puisque la compréhension aux clauses du contrat est influencée par de nombreux facteurs intrinsèques et extrinsèques des contractants. Une erreur ou une méprise dans la formation du contrat peut ultérieurement provoquer une contestation entre les parties dans l'exécution du contrat.

3. Limites venant de la coutume, des usages et des circonstances économiques

Parfois, même si les parties sont très compétentes pour conclure une convention, la coutume les empêche de rédiger un texte clair et précis. Par exemple, les Chinois et les Japonais pensent que la relation amicale, qui se fonde sur le crédit réciproque, est une garantie pour établir une coopération permanente. La chicanerie exceptionnelle dans la négociation est probablement considérée comme une méfiance envers son cocontractant, c'est-à-dire que le crédit de l'autre partie est moralement défectueux¹⁰¹. C'est la raison pour laquelle, malgré un contrat imparfait, les parties préfèrent souvent manifester leur respect au cocontractant, car, même parfaitement rédigé, aucun contrat ne peut éviter le risque moral.

De plus, de nombreux auteurs chinois analysent, au titre de l'économie du droit, le problème de l'interprétation du contrat. Pour eux, les parties sont fréquemment obligées de conclure un contrat imparfait, afin d'économiser le coût de négociation¹⁰². En pratique, les parties ne veulent pas sacrifier beaucoup de temps à la négociation du contrat, car l'occasion commerciale ne leur permet pas de retarder la transaction. Pour limiter le risque de transaction, les parties emploient souvent les modèles contractuels standardisés, rédigés par les spécialistes, qui se fondent sur les règles du droit positif¹⁰³. Ces modèles contractuels, proposés par des tiers, facilitent la conclusion du contrat entre les parties, tel le contrat-type. Cette façon de faire peut être considérée comme une tendance générale des comportements sociaux soumis à l'influence des règles juridiques. Malheureusement, malgré cette pratique, les motifs et les volontés

¹⁰¹ 李永军 LI Yongjun, *合同法 Droit des contrats*, 2^e éd. 法律出版社 Law Press-China, 2005, p. 607.

¹⁰² *Ibid.*, p. 608.

¹⁰³ 周艳 ZHOU Yan, *op. préc.*, p. 35.

des parties contractantes restent personnels. Mais, une fois les difficultés de l'exécution du contrat rencontrées, les parties en reviennent inévitablement à contester celui-ci. Pour résoudre cette contestation, le juge du fond doit reprendre le contrat et en poursuivre l'interprétation.

Section 2 : Comparaison de la doctrine française et chinoise

Bien que les droits français et chinois s'appuient respectivement sur deux critères opposés pour analyser les causes et les conditions de l'interprétation du contrat, les deux systèmes juridiques ne se contredisent pas, mais indiquent des préférences différentes du droit. Entre les droits français et chinois, il existe non seulement des divergences de fondements théoriques (§ 1), mais aussi des divergences des caractéristiques doctrinales (§ 2). De plus, approfondir la connaissance de l'objet de l'interprétation du contrat favorise la distinction entre la condition et la cause de l'interprétation du contrat (§ 3).

§° 1. Divergence de fondements théoriques

Le droit français tient compte, en effet, des causes objectives de l'interprétation du contrat. La possibilité d'un contrat clair et précis est, en plusieurs matières, contestée par certains auteurs, depuis le XIX^e siècle. Pourtant, comme l'article 1156 du Code civil a établi un dogme subjectiviste de rechercher la commune intention des parties, la majorité des juristes appuie leur raisonnement sur la prédominance des critères subjectifs dans l'interprétation des contrats.

En revanche, sous l'influence indirecte du droit allemand, le droit chinois préfère les critères plus objectifs dans l'appréciation des obligations contractuelles des parties. Les intentions déclarées sont alors privilégiées sur les intentions internes. Autrement dit, la recherche de la commune intention des parties repose plutôt sur les expressions extérieures des parties, mais non sur leurs volontés internes. Pour le juge,

il est suffisant d'analyser les termes, les clauses du texte et la finalité déclarée du contrat, en se référant aux usages de transaction et au principe de bonne foi, afin de trouver une juste interprétation. Comparée aux critères d'analyse du droit français, la théorie de l'interprétation du contrat en droit chinois apparaît plus objective et extrinsèque.

Cette différence fondamentale incite les juristes de ces deux pays à choisir des approches différentes en matière de causes et de conditions de l'interprétation du contrat. Les Français se concentrent sur la commune intention interne des parties, les Chinois se focalisent sur les contestations litigieuses des contractants.

Outre la divergence de fondements théoriques entre les droits français et chinois, les caractéristiques de la doctrine de ces deux pays constituent en effet leurs principales différences.

§° 2. Divergences des caractéristiques doctrinales

Pour connaître profondément les divergences conceptuelles et institutionnelles entre ces deux pays, il convient d'analyser respectivement les caractéristiques de la doctrine de chaque pays en utilisant la méthode comparative.

A. Analyse de la doctrine française

En droit français, l'action de contracter fait partie des actes de volonté des contractants au regard de la définition de l'acte juridique. Le contrat est le but et le fruit des actions de contracter qui comprennent l'investigation, la négociation, l'examen des dossiers et la rédaction du texte. La défectuosité d'une action de contracter, provoquant un contrat imparfait, constitue souvent la cause directe de l'interprétation du contrat. Ainsi, le raisonnement traditionnel des juristes français tourne autour de deux pôles : soit la volonté défectueuse, soit l'expression défectueuse. L'ambiguïté, l'obscurité et l'absurdité dans le texte contractuel sont

juste une manifestation de ces deux pôles. Au cas où le contrat est parfait (c'est-à-dire clair et précis), il n'y a pas lieu d'effectuer une interprétation des clauses contractuelles. En ce cas, les causes de l'interprétation du contrat sont harmonisées avec les conditions de l'interprétation du contrat.

En pratique, certains juristes français ont observé un lien étroit entre l'interprétation du contrat et le litige, en affirmant que « c'est donc toujours à l'occasion d'un litige que se pose la question de l'interprétation, laquelle va commander l'issue du litige¹⁰⁴ » ; et que « pour qu'il y ait lieu à interprétation, il faut et il suffit qu'un doute, intéressant à trancher dès à présent, naisse sur la valeur d'une expression et sa concordance avec la volonté qu'elle manifeste. Ce doute résultera non pas d'une obscurité objective ou subjective dans les termes, mais d'une simple contestation émanant d'une des parties¹⁰⁵ ». En outre, un comparatiste chilien avait proposé au droit français un critère départiteur : « l'unique condition – nécessaire et suffisante – pour qu'il y ait lieu à interprétation d'un contrat, est l'existence d'une contestation des parties¹⁰⁶ ». Malheureusement, ces points de vue ont été simplement ignorés en raison de ce que l'assignation en justice a la vertu de bannir toute clarté et vaudrait donc « permis de dénaturer » pour le juge qu'elle saisit¹⁰⁷. La doctrine dominante du droit français ne traite pas habituellement de la cause et de la condition de l'interprétation du contrat dans le contexte de litige, même s'il n'y a aucun doute sur le sujet unique de l'interprétation du contrat – le juge du fond.

B. Analyse de la doctrine chinoise

En droit chinois, l'interprétation judiciaire du contrat est en général considérée comme un thème de litige. La tâche du juge consiste à connaître, à analyser et à résoudre les contestations des parties. L'interprétation du contrat est enclenchée en raison de la contestation des parties. Elle voit aussi son aboutissement par la

¹⁰⁴ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁵ J. GAUGUIER, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, Université de Paris, éd. Arthur Rousseau, 1898, p. 49.

¹⁰⁶ J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse, Université de Paris, 1968, p.31.

¹⁰⁷ J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, éd. Dalloz, 1997, préf. P. RAYNAUD, n° 62, p. 275, cit. par J.GHESTIN, *op. préc.*, p. 33.

résolution de ces contestations. En droit chinois, l'interprétation du contrat repose sur l'analyse des contestations des parties.

En pratique, les clauses contestées estimées ambiguës, obscures ou absurdes, doivent être interprétées par le juge. Or, les clauses non-contestées sont souvent estimées comme l'expression claire de l'intention interne des parties, même si elles ne sont pas assez claires. L'assignation d'une partie en justice ne constitue pas naturellement une contestation valable aux clauses contractuelles, du fait de l'hypothèse : si une partie n'a plus de compétence ou d'envie d'exécuter ses obligations contractuelles claires, sa contestation contre la clause donnée ne devrait pas fonctionner, car le refus d'exécution n'équivaut pas à une contestation réelle des clauses. Par ailleurs, l'hypothèse qu'une clause claire soit contestée par une des parties est possible. En effet, si une clause dite claire dans le texte contractuel a été modifiée ou alertée par les comportements d'exécution réelle des parties, elle ne devient plus une expression claire. Quand une partie des contractants fournit au tribunal une preuve de l'existence de certaines incohérences entre les obligations, une interprétation par le juge devient souvent une opération nécessaire, même si cette preuve n'est pas acceptable par les juges.

La fixation des conditions de l'interprétation du contrat a pour objectif de contrôler les activités de jugement des juges du fond. Dans un sens, la dénaturation d'une clause claire et précise en droit français ne donne à la Cour de cassation qu'un prétexte pour intervenir dans l'appréciation du fait contractuel. Le droit chinois, quant à lui, souligne le rôle des contestations des parties en matière de conditions d'interprétation, car la fonction essentielle de l'interprétation judiciaire, de fait ou de droit, sert à la résolution des contestations des parties. S'il n'y a pas de contestation, il n'y aura pas de litige ; sans litige, pas d'interprétation judiciaire du contrat. En pratique, le jeu de concurrence du litige peut inciter les parties à se défendre plus attentivement. La tâche du juge consiste à analyser et à apprécier les preuves et les observations de contestations déposées par chaque partie, afin de découvrir la vérité des affaires par l'interprétation. Cela évite ainsi au juge d'interpréter les clauses non contestées.

Pour rassembler les idées évoquées ci-dessus, même si la doctrine chinoise du droit ne cherche pas à distinguer précisément l'ambiguïté, l'obscurité et l'absurdité, elle reconnaît cependant ces trois circonstances aux causes de l'interprétation du contrat. La doctrine française ne nie jamais l'influence objective du langage, des compétences de connaissance et de compréhension des contractants sur le contrat. Ce n'est donc pas sur le plan des causes de l'interprétation du contrat, que se situe une véritable opposition entre la doctrine française et chinoise. Mais, influencés par des contextes historiques et culturels différents, les juristes de ces deux pays ont choisi des approches différentes.

Aussi, tout en dépassant les divergences de ces deux doctrines, il est nécessaire de rechercher l'objet de l'interprétation du contrat, puisqu'une clause contractuelle claire et précise ou non contestée est judiciairement considérée comme la condition de l'interprétation du contrat.

§ 3. Objets et conditions de l'interprétation du contrat

En latin scolastique, le terme « objet », *objectum*, signifie ce qui est placé devant. Aujourd'hui, le terme « objet » comporte trois aspects : en premier lieu, il désigne des choses matérielles et tangibles ; en deuxième lieu, il indique des avantages économiques ou une certaine prestation pécuniaire ; enfin, il représente des avantages d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial, par exemple honneur, nom ou fidélité, etc.¹⁰⁸

En ce qui concerne l'interprétation du contrat, une observation générale préconise, sur le plan matériel, que les objets de celle-ci comportent le texte contractuel, les documents concernés et les actes de contracter, c'est-à-dire tous les moyens d'expression extérieurs de la volonté interne des parties contractantes. Les moyens peuvent tous être compris comme une déclaration. La déclaration de la volonté peut apparaître dans le texte contractuel, les courriers commerciaux, les publicités, les paroles, les fax, les télégrammes ou les courriels.

S'inspirant de la doctrine allemande, influencée notamment par M. K. Larenz¹⁰⁹, les juristes chinois pensent que l'objet de l'interprétation est uniquement une déclaration. En tant que telle, la déclaration possède la fonction de donner un certain sens. Toutes les autres circonstances à considérer ne sont pas les objets de l'interprétation, mais elles en sont les moyens auxiliaires. Ces circonstances sont, par exemple, les négociations précédentes, les habitudes établies entre les parties, les expressions anciennes utilisées par les parties, les usages personnels de la partie adverse, le temps, le lieu et tous les phénomènes accessoires par lesquels l'auteur exprimera sa volonté véritable.

Se fondant sur la même logique, certains juristes français pensent que seul l'élément concret peut devenir objet d'observation, « l'interprétation ne peut porter sur le *negotium*¹¹⁰ lui-même, mais sur l'*instrumentum*¹¹¹ »¹¹². En conséquence, seul l'*instrumentum* représente l'objet de l'interprétation ; en revanche, le *negotium* devient le but de l'interprétation, c'est-à-dire la commune intention des parties¹¹³.

Les juristes chinois ont une opinion plus nuancée : « l'objet de l'interprétation est différent dans les diverses contestations du contrat, du fait des hypothèses suivantes : 1) Lorsque la contestation consiste à l'ambiguïté, l'obscurité et l'absurdité de l'expression de la parole ou du texte, l'objet de l'interprétation serait la signification de cette parole ou de ce texte ; 2) Lorsqu'une partie préconise que l'expression écrite ou orale du contrat ne convient pas à son intention interne, la dernière devient l'objet de l'interprétation ; 3) Lorsque la contestation vise les lacunes entre les clauses contractuelles, l'objet de l'interprétation serait les clauses absentes ; 4) Lorsque le contenu du contrat contredit l'esprit de la loi, ce contenu

¹⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. PUF, 2007, p. 626.

¹⁰⁹ Professeur allemand de droit, ses ouvrages ont largement influencé les juristes chinois. Cf. Karl LARENZ, *德国民法通论* 王晓等. WANG Xiaoyu, *Introduction générale du droit civil allemand*, tra. par 464-465.

¹¹⁰ Ce terme latin désigne l'*affaire*. Dans un acte juridique ou un contrat, il concerne la question de fond que vise cet acte ou ce contrat, par opposition à la forme qui traduit la volonté de l'auteur de l'acte ou des contractants.

¹¹¹ Ce terme latin représente l'écrit authentique ou le sous-seing privé contenant la substance de l'acte juridique ou un contrat envisagé par son ou ses auteurs.

¹¹² C. GRIMALDI, Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, *RDC* 2008/2, p. 208.

¹¹³ *Ibid.*

illégal est l'objet de l'interprétation, etc.¹¹⁴ ». Selon cette opinion, l'objet de l'interprétation comporte alors non seulement l'*instrumentum*, mais aussi le *negotium*.

Afin d'obtenir une distinction nécessaire et raisonnable entre l'objet et le but, il faut établir des critères d'appréciation. Il faut tout d'abord distinguer le procédé de l'interprétation, de l'effet de celle-ci. Le procédé apparaît pendant la démarche interprétative ; l'effet poursuivi se manifeste à la fin de la démarche interprétative. Selon ce critère de distinction, d'une part, toutes les déclarations visibles et tangibles sont certainement les objets de l'interprétation ; d'autre part, en tant que voie et méthode de l'interprétation¹¹⁵, la commune intention interne des parties est également l'objet de l'interprétation. Selon la notion générale de l'objet précitée, la recherche de la commune intention des parties devient un objet spirituel. Or, **la découverte d'un sens et l'élaboration d'une solution juridique sont sans doute dans les buts de l'interprétation du contrat.**

Cette analyse montre l'influence des conditions d'interprétation du contrat sur les objets de l'interprétation. La doctrine française souligne l'expression défectueuse du contrat, précisément qu'elle soit ambiguë ou obscure, ou qu'elle soit absurde. La doctrine chinoise considère habituellement les questions d'interprétation autour des contestations entre les parties. En France, la Cour de cassation interdit, au nom de la dénaturation, d'interpréter une clause claire et précise. Mais en Chine, bien que la législation ait stipulé la condition de l'interprétation du contrat (contestations des parties), la jurisprudence ne dit jamais clairement que le juge ne doit pas interpréter les clauses non contestées. Par conséquent, il n'y a aucune controverse doctrinale autour de ce sujet.

M. Cui Jianyuan indique, au sens large, que l'objet de l'interprétation du contrat comporte non seulement les écrits et les paroles contestés, mais aussi les éléments non contestés. Car, en effet, outre la contestation des parties, les autres besoins objectifs du traitement du litige exigent d'éclairer le sens par l'interprétation, par

¹¹⁴ 崔建远 CUI Jianyuan, 合同解释论 Essai général sur l'interprétation des contrats, 合同法评论 Commentaires du droit des contrats, n° 2, sous la direction de 王利明 WANG Liming et 奚晓明 XI Xiaoming, éd. 人民法院出版社 Cour populaire Presse, 2004, p. 5.

¹¹⁵ L'article 1156 du Code civil français, règle primordiale d'interprétation, a montré le rôle de la recherche de l'intention commune des parties.

exemple, la confirmation de la formation ou de l'effet du contrat¹¹⁶. Selon M. Cui, tous les éléments d'environnement concernant une transaction doivent être considérés, et voire interprétés¹¹⁷, que ce soient, par exemple, des pièces de documentation, des expressions orales, des actes de négociation, une déclaration et une exécution, etc.

En revanche, M. Li Yongjun préconise, au sens strict, que l'objet de l'interprétation soit limité aux clauses contestées, et que les clauses non contestées soient seulement considérées comme des références de l'interprétation. Il a le souci que « si les juges sont autorisés à interpréter les clauses non contestées, l'abus du pouvoir d'interprétation du juge va facilement apparaître dans les litiges, par lequel le droit public intervient excessivement dans le droit privé ; surtout, les juges peuvent substituer aux parties à déterminer certaines clauses contractuelles, ce qui est contraire à l'esprit du droit privé¹¹⁸ ».

La relation entre l'objet et la condition de l'interprétation du contrat repose non seulement sur la théorie du droit, mais aussi sur la pratique judiciaire. En effet, l'établissement des conditions de l'interprétation du contrat est pratiquement destiné à éviter l'excès du pouvoir d'interprétation du juge. Cependant, l'hypothèse suivante donne une piste de réflexion : s'il est possible que l'interprétation d'une clause contractuelle claire et précise, non contestée par les contractants, corresponde parfaitement à la commune intention des parties, les théories française et chinoise sur les conditions de l'interprétation du contrat se justifient difficilement. Malheureusement, cette hypothèse est tout à fait probable. Si l'on peut utiliser plusieurs expressions pour décrire ou définir une chose, il sera possible d'expliquer l'une par l'autre, parmi ces expressions¹¹⁹. Lorsque l'on dit que le contrat est un accord de volontés des parties, le contrat peut aussi désigner le consentement réciproque sur l'établissement, la modification ou la rupture des obligations entre les parties.

¹¹⁶ Cet exemple est discutable, car la formation et l'effet du contrat concernent la qualification du contrat.

¹¹⁷ 崔建远 CUI Jianyuan, *op. préc.*, p. 5.

¹¹⁸ 李永军 LI Yongjun, *op. préc.*, p. 611.

¹¹⁹ Le fruit de recherche de la rhétorique peut nous fournir un espace plus large de réflexion sur l'interprétation du contrat, ce qui sera discuté dans la section suivante.

Pour sortir de la difficulté théorique, il faut abandonner la règle jurisprudentielle qui consiste à limiter les objets de l'interprétation du contrat dans l'appréciation des conditions de l'interprétation du contrat. Autrement dit, on ne doit pas, par la législation ou par la jurisprudence, ni limiter ni interdire les interprétations des clauses claires et précises ou des clauses non contestées. Par contre, un contrôle nécessaire sur les conséquences de l'interprétation sera utile et légitime. Au moins, le contrôle conviendrait au régime contre la dénaturation du fait contractuel en juridictions française et chinoise.

Chapitre II : Substances de l'interprétation du contrat

La recherche des substances de l'interprétation du contrat concerne non seulement le contenu de cette opération judiciaire, mais également son essence et sa nature juridique. Constater l'importance de la recherche, c'est pour disposer correctement les étapes d'analyse des substances de l'interprétation du contrat. Précisément, il faut d'abord étudier la situation réelle de cette opération, c'est-à-dire l'ambivalence de la démarche de l'interprétation du contrat (Section 1), puis essayer une redéfinition de l'interprétation du contrat (Section 2).

Section 1 : L'ambivalence de la démarche de l'interprétation du contrat

La doctrine classique s'est fondée sur la conception volontariste. Selon cette conception, l'« on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes¹²⁰ ». Carbonnier a indiqué que « le juge doit rechercher par tous les moyens, même extrinsèques à l'acte, quelle a été la pensée véritable intime, qui a réuni les contractants¹²¹ ». Flour a non seulement affirmé que le principe de l'interprétation est

¹²⁰ Art. 1156 du Code civil français.

¹²¹ J. CARBONNIER, *Droit civil : les obligations*, t.4, 22^e éd. Puf, 2000, p. 278.

simplement de « rechercher ce qu'a été la volonté des contractants », mais il a également déclaré que « le juge est avant tout chargé de découvrir une psychologie¹²² ». Évidemment, les rédacteurs du Code Napoléon ont été fortement influencés par les doctrines de l'autonomie de la volonté. Parmi les neuf règles d'interprétation du Code civil français, les directives d'interprétation subjective paraissent incontestablement dominantes, même si les juges peuvent étendre l'esprit de l'article 1135 à l'interprétation du contrat.

Pourtant, la théorie de l'autonomie de la volonté ne peut pas parfaitement expliquer tout le contrat. Comme l'a indiqué M. J. Gauguier, « l'interprétation ne saurait avoir pour but et pour résultat qu'une présomption plus ou moins forte, le juge ne pourra jamais affirmer que telle intention a certainement existé ; il en sera toujours réduit à dire : les parties ont très probablement voulu telle ou telle chose. Pour le faire, il devra sonder le cœur et l'esprit de chacun afin de découvrir les mobiles et les motifs qui ont déterminé sa volonté¹²³ ». Les volontaristes sont ainsi obligés de confirmer qu'« il ne faut pas dissimuler le caractère conjectural et divinatoire d'une semblable recherche de volonté. Assez souvent, la volonté probable que le juge croit découvrir n'est qu'une volonté fictive¹²⁴ ». Carbonnier a affirmé, quant à lui, que « l'interprétation du contrat, comme celle de la loi, a des limites, et qu'à un certain point d'obscurité et de contradiction, la commune intention des contractants ne pourra être retrouvée¹²⁵ ».

Les critiques visent principalement le caractère psychologique pur de l'interprétation subjective. Cette psychologie est théoriquement considérée comme une finalité illimitée et indirecte. Mais, la légitimité et la possibilité de cette recherche psychologique sont très douteuses. Dereux a énoncé : « je serais curieux de savoir ce que vous trouvez de *fictif* ou d'*artificiel* dans le principe si simple que j'énonçais tout à l'heure : l'interprète doit rechercher la volonté des parties (...). Il n'y a même pas besoin d'avoir fait du droit pour savoir que, interpréter un texte, c'est rechercher la pensée, l'intention de l'auteur du texte ; ainsi le bon sens, la morale

¹²² J. FLOUR, *Cours de droit civil*, 2^e année de Licence, éd. Les cours de droit, 1964/65, p. 387.

¹²³ J. GAUGUIER, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, Paris, 1898, p. 6.

¹²⁴ RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiel*, t. II, Obligations, Droits réels, éd., 1957, n° 455.

¹²⁵ J. CARBONNIER, *op. et loc. préc.*, n° 146, p. 284.

vulgaire. Le Code civil, la tradition, le dictionnaire, tout conspire à vous répéter : l'interprète d'un acte doit chercher la volonté qui y a présidé (...). Mais je dis que souvent aussi, il ne peut absolument pas connaître une volonté ou un concours de volontés capable de lui dicter sa décision, car on ne peut connaître que ce qui a existé¹²⁶ ». Gounot a indiqué que « le respect de la volonté a une limite, qu'imposent les limites même de la volonté ; il doit s'arrêter là où s'arrête la volonté elle-même¹²⁷ ». Il a dénoncé la méconnaissance systématique des bornes naturelles du vouloir humain¹²⁸.

Envisageant les critiques précitées, les juristes ont cherché à trouver une solution effective en théorie. Selon Gounot, quand la volonté des parties est inexistante ou inconnaissable, l'interprétation consiste à rechercher le « juste objectif »¹²⁹. M. G. Rouhette est allé plus loin en indiquant qu'« en cas de litige, les prétentions des parties étant, par hypothèse, opposées », le travail du juge consiste, non à rechercher la commune intention des parties, mais à opérer « un choix entre une variété d'accords de volontés, ou entre un certain accord et pas d'accord du tout¹³⁰ ». Carbonnier préconise qu'« il faut comprendre que le juge a le pouvoir d'attacher au contrat des conséquences que les parties n'ont pas réellement envisagées, si elles lui paraissent commandées par la nature de l'opération, son économie générale, son esprit¹³¹ ».

Alors, le paradoxe entre le concept idéal de la liberté contractuelle et la limite objective des puissances de recherche entraîne finalement l'ambivalence de la démarche judiciaire de l'interprétation du contrat : interprétation subjective et interprétation objective¹³². Cette dualité reflète à la fois un tempérament sur la théorie de l'autonomie de la volonté et une tendance pragmatiste soulignant que le juge ne fait que ce qu'il peut faire, mais pas ce qu'il doit faire. Précisément, le juge cherche, d'une part, à déceler la commune intention des parties qui préexiste au moment de la formation du contrat ; d'autre part, en cas d'absence, le juge est chargé de combler

¹²⁶ G. DEREUX, *L'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, p. 4 et 5.

¹²⁷ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, éd. A. Rousseau, Paris, 1912, p. 206 et 207.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 207.

¹²⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, *spéc.* p. 212.

¹³⁰ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, p. 549.

¹³¹ J. CARBONNIER, *op. et loc. préc.*, n° 34, p. 87.

lui-même les lacunes du contrat, selon la loi, l'usage et l'équité, « en fixant ce qu'auraient pu ou même ce qu'auraient dû décider les parties, si elles avaient envisagé la difficulté à résoudre¹³³ ».

Selon l'idée de dualité de l'interprétation du contrat, les auteurs ont décomposé la démarche de l'interprétation en deux étapes : c'est d'abord une interprétation explicative¹³⁴ ou déclarative¹³⁵ qui s'inspirera principalement de la méthode subjective ; pour la seconde étape, une interprétation créatrice ou constructive s'inspirera essentiellement de la méthode objective. La doctrine contemporaine française oppose l'interprétation subjective à l'interprétation objective. La première a pour but de révéler le contenu du contrat en retrouvant la commune intention véritable des parties ; la dernière consiste à déterminer le contenu du contrat en se référant à l'utilité sociale du contrat ou à ce que commande la justice¹³⁶, c'est-à-dire aux exigences de « l'équité, de l'usage et de la loi¹³⁷ ». En principe, dans la démarche de l'interprétation, l'interprétation subjective prévaut sur l'interprétation objective : si une commune intention des parties existe dans les clauses concernées du contrat, l'interprétation est plutôt subjective ; sinon, l'interprétation objective est, en tant qu'instrument complémentaire, utilisée par le juge¹³⁸.

Dans le cadre de dualité de l'interprétation du contrat, le juge ne respecte la commune intention des parties que dans le cas où il peut vraiment l'identifier. À défaut, le juge détermine souverainement le contenu du contrat. En effet, il n'existe pas de critères objectifs d'appréciation pour distinguer l'impossibilité de retrouver la commune intention, de l'incompétence de la découvrir. La frontière interne de cette dualité est assez floue. D'une part, nous ne savons pas clairement quand le juge peut arrêter la recherche de la volonté commune des parties et effectuer sa fonction d'arbitre. D'autre part, nous ne savons pas non plus, à propos de la volonté probable des parties si le juge la retrouvera ou, en réalité, la déterminera. La théorie de

¹³² Voir, H. BATIFFOL, *Problème de base de philosophie du droit*, éd. LGDJ, 1979, spéc. p. 243.

¹³³ Y. PACLOT, *op. précit.*, n° 281, p. 266.

¹³⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. précit.*, n° 450.

¹³⁵ Y. PACLOT, *op. précit.*, n° 281, p. 266.

¹³⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. précit.*, n° 10-12, p. 17-19.

¹³⁷ Voir l'article 1135 du Code civil français.

l'ambivalence de l'interprétation du contrat n'est donc pas utile en méthodologie juridique. Son intérêt théorique ne se trouve qu'en épistémologie, car elle affirme l'existence objective et la nécessité de l'intervention du juge dans la détermination du contenu contractuel.

Il existe une opinion qui refuse l'ambivalence de l'interprétation du contrat. M. Ph. Simler a pensé que « l'absence d'intention exprimée est exclusive d'une prétendue interprétation. La question des lacunes du contrat et, plus généralement, de la détermination de son contenu paraît donc nettement distincte de celle de l'interprétation¹³⁹ ». D'autres auteurs ont indiqué que seules les règles d'interprétation subjective devraient provoquer une découverte, et non une production¹⁴⁰. Ils estiment que le comblement des lacunes du contrat ne se trouve pas dans l'interprétation du contrat. Cette opinion se fonde sur un fait : « il n'y a toujours pas de commune intention des parties, lorsque les intentions des parties sont divergentes ou en l'absence d'intention de l'une des parties¹⁴¹ ». L'article 1135 du Code civil français en devient le révélateur. Pourtant, malgré ce point de vue, les auteurs admettent eux-mêmes, au demeurant, l'existence d'une parenté certaine entre les articles 1160 et 1135 du Code civil. Comme l'article 1160 se situe dans la section V du titre *de l'interprétation des conventions* du Code civil, il est difficile pour eux d'expliquer le paradoxe entre cette disposition législative et leur observation. Les observations contre l'ambivalence de l'interprétation du contrat posent, en fait, une question plus fondamentale : dans quel domaine l'interprétation du contrat doit-elle se trouver ?

Bien que certains auteurs, tant français que chinois, aient utilisé un terme juridique propre de *comblement des lacunes du contrat*, distinct de l'*interprétation du contrat*, la majorité des juristes chinois acceptent la dualité de la démarche de l'interprétation du contrat. Les questions d'interprétation des clauses contractuelles et de comblement des lacunes du contrat sont, en général, considérées comme deux

¹³⁸ Voir F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. préc.*, n° 450, n° 453, n° 457 et n° 461 ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. préc.*, n° 12, n° 42, p. 19 et 58.

¹³⁹ Ph. SIMLER, *J.-Cl. Civil*, art. 1156 à 1164, Fasc. 10, n° 10.

¹⁴⁰ Comp. M. VAN DE KERCHOVE et Ph. GERARD, *Avant-propos*, in *L'interprétation en droit*, éd. Faculté universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 1978, p. 8.

sous-thèmes importants dans l'interprétation du contrat¹⁴². Cette dualité entraîne ainsi une double démarche quant à l'interprétation du contrat. Le juge a pour tâche non seulement de découvrir la commune intention des parties, mais il doit aussi construire des lacunes des intentions des parties.

Le débat sur l'ambivalence de l'interprétation du contrat provoque une réflexion approfondie de la notion d'interprétation du contrat, voire de la notion de contrat. Cela reflète la nécessité d'une redéfinition de l'interprétation du contrat.

Section 2 : Redéfinition de l'interprétation du contrat

La redéfinition de l'interprétation du contrat dépend de la découverte des éléments intrinsèques et des liens extrinsèques du contrat. Pour éclairer ces questions de base, il est donc nécessaire d'analyser d'abord la matière de l'interprétation du contrat (§ 1), puis de préciser sa localisation dans le droit des contrats (§ 2).

§ 1. Matière de l'interprétation du contrat

La matière de l'interprétation du contrat est strictement liée à la conception d'interprétation du contrat. Autrement dit, elle dépend, en effet, d'une certaine idéologie contractuelle. Selon le dogme de l'autonomie de la volonté, l'interprétation du contrat consiste justement à découvrir la commune intention des parties. Interpréter les contrats, c'est interpréter la volonté des contractants. Or, la théorie de l'ambivalence de l'interprétation du contrat montre, qu'outre la recherche de la volonté des parties, l'interprète doit expliquer les devoirs imposés aux parties

¹⁴¹ C. GRIMALDI, *op. préc.*, n° 3, p. 209.

¹⁴² Voir 周艳 ZHOU Yan, *op. préc.*, thèse, p. 92-113 ; 李永军 LI Yongjun, *合同法 Droit des contrats*, 2^e éd. 法律出版社 Law Press de China, 2005, p. 613-640 ; 王利明 WANG Liming, *合同法研究 Recherche sur le droit des contrats*, éd. 中国人民大学出版社 Renda Press, 2002, p. 420-431 ; 崔建远 CUI Jianyuan, *op. préc.*, p. 25-43.

contractantes par la loi, l'usage et l'équité. Le contrat n'est pas une chose exclusivement déterminée par les parties.

Pour savoir les causes profondes de cette divergence conceptuelle, il faut analyser d'abord la relation entre l'interprétation du contrat et la théorie de l'acte juridique (A), puis l'utilité de la conception du rapport contractuel pour l'interprétation du contrat (B).

A. Interprétation du contrat et théorie de l'acte juridique

La doctrine traditionnelle et dominante considère l'interprétation du contrat comme l'interprétation de la volonté des parties. Cette vision repose, en effet, sur la théorie de l'acte juridique. En l'absence d'une définition légale dans le Code civil, les juristes français emploient usuellement ce terme dans la recherche du droit civil. L'acte juridique n'est pas issu des termes latins *actus* ou *jurid. actus* du droit romain. Mais, dans un certain sens, « il répond (...) [plutôt] au mot *negotium*¹⁴³ » qui représente la volonté interne de l'auteur. Or, la démarche d'interprétation du contrat est justement regardée comme un processus de recherche de *l'instrumentum* (déclaration extrinsèque) au *negotium* (intention intrinsèque)¹⁴⁴. Puisque l'acte juridique repose avant tout sur la volonté de l'auteur, il est logiquement défini comme un acte de volonté¹⁴⁵ (autrement dit acte volontaire), ou une manifestation de volonté¹⁴⁶.

Selon la théorie de l'acte juridique, les conventions participent aux actes bilatéraux par rapport aux actes unilatéraux ou collectifs dans la classification de l'acte juridique. Quant au contrat, il est l'exemple-type des conventions¹⁴⁷, et bien entendu des actes juridiques. La relation entre contrat et convention est comme la

¹⁴³ Voir G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, t. I, 12^e éd. Sirey, Paris, 1919-1922, p. 63, cité par N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique : étude critique de la conception classique*, thèse, éd. Sirey, Paris, 1931, p. 16, note 5 ; Voir aussi, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous direction G. CORNU, terme « acte », n° 2.

¹⁴⁴ Voir par ex. : J. DABIN, *Théorie générale du droit*, éd. Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969, p. 217-228 ; C. GRIMALDI, Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, *RDC* 2008/2, p. 208.

¹⁴⁵ Voir L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd. E. Boccard, 1927, p. 325 et s. ; l'article 1110-1 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (dit avant-projet Catala) définit les actes juridiques comme « des actes de volonté destinés à produire des effets de droit ».

¹⁴⁶ Voir G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd. Giard, Paris, 1914, p. 19 ; l'article 2 de l'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des contrats définit les actes juridiques comme « des manifestations de volontés destinées à produire des effets de droit ».

partie et le tout. Précisément, le contrat est l'espèce de la convention¹⁴⁸ ; or, la convention comporte, outre le contrat, d'autres genres d'accords entre les parties. Comme l'explique Carbonnier, « 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, qui, aussi bien que de créer des obligations, peut être d'en transférer (ex. délégation) ou d'en éteindre (ex. remise de dette)¹⁴⁹ ». Tout contrat est donc une convention ou un acte juridique caractérisé par la commune intention des parties. Interpréter un contrat, c'est proprement aller découvrir la volonté réelle des contractants.

La théorie de l'autonomie de la volonté confère à la volonté individuelle un effet équivalent à la loi. L'article 1134, alinéa 1, du Code civil exprime vivement cette conception : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La doctrine traditionnelle pense donc que l'acte juridique peut, en tant qu'acte de volonté, jouer son rôle créateur de l'effet de droit. Comme l'a indiqué Planiol, « on appelle actes juridiques les actes accomplis uniquement pour réaliser un ou plusieurs effets de droit¹⁵⁰ ». MM. J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux définissent les actes juridiques en tant qu'« actes volontaires, spécialement accomplis en vue de produire des effets de droit dont la nature et la mesure sont elles-mêmes voulues¹⁵¹ ». Donc, Demolombe a constaté que, « puisqu'en effet la volonté est dans l'acte juridique la source et la mesure du droit, c'est évidemment à elle seule qu'il faut s'adresser pour déterminer le droit¹⁵² ». Or, « interpréter un acte juridique, c'est en déterminer les effets¹⁵³ ».

Cependant, la définition volontariste présentée ci-dessus est contestée par les positivismes, tant juridique que sociologique. En matière juridique, Kelsen a nié le rôle créateur de la convention en matière d'effet de droit, en indiquant que « la

¹⁴⁷ Voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 14^e éd. Sirey, 2010, par É. SAVAUX, n° 79, p. 65.

¹⁴⁸ *Ibid.*, n° 80 ; voir aussi J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22^e éd. refondue Puf, 2000, n° 15, p. 50.

¹⁴⁹ J. CARBONNIER, *eod. loc.*

¹⁵⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd. LGDJ, 1931, Paris, n° 265.

¹⁵¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 14^e éd. Sirey, 2010, par É. SAVAUX, p. 63.

¹⁵² Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, n°s 1 et s., notamment n°s 3 et 23.

convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit ; ou, en d'autres termes, 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 inférieur¹⁵⁴ ». M. P. Ancel adopte la théorie kelsénienne de hiérarchisation des normes et souligne que la subordination des normes contractuelles aux normes étatiques « permet d'expliquer que le contenu de la norme contractuelle échappe dans une large mesure à la volonté des parties : soit que le droit étatique impose tel ou tel contenu au contrat par des lois impératives, soit que, dans le silence des parties, il prescrive au juge d'intégrer dans la norme contractuelle le contenu des lois supplétives et/ou de le compléter par le recours aux usages ou à l'équité selon la formule de l'article 1135 du Code civil¹⁵⁵ ».

En matière sociologique, Gounot s'est inspiré de la doctrine sociologique de Durkheim et a indiqué qu'« un acte de volonté une fois émis, le milieu social s'en saisit, le pénètre de son influence et le soumet à ses lois (règles légales proprement dites, usages, équité, bonne foi), de telle sorte que, tout en servant pour le mieux les légitimes intérêts individuels des parties, il soit pour tous au maximum source de bien, au minimum source de mal¹⁵⁶ ». Jèze pensait que l'effet de droit de l'acte juridique « est de créer une situation juridique, d'investir un individu d'une situation juridique déjà créée ou de constater une situation juridique préexistante¹⁵⁷ ». Duguit, élève de Durkheim, a également refusé le rôle créateur de la volonté dans l'acte juridique, en définissant l'acte juridique comme « tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique, tel qu'il existe au moment où il se produit, ou tel qu'il existera à un moment donné¹⁵⁸ ».

En effet, les visions positivistes précitées ont une base commune : l'effet de droit d'un acte juridique est issu de la sanction des normes d'ordre public, mais non de la volonté individuelle elle-même. Pour obtenir cette sanction, les actes juridiques doivent impérativement remplir les conditions préétablies par les normes d'ordre

¹⁵³ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd. A. Rousseau, Paris, 1912, p. 171.

¹⁵⁴ H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, *Arch. Philosophique du droit*, 1940, p. 47.

¹⁵⁵ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, *RTD civ.* (4), oct.-déc. 1999, n° 7, p. 776.

¹⁵⁶ E. GOUNOT, *thèse, op. cit.*, p. 198.

¹⁵⁷ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd. Giard, Paris, 1914, p. 19.

¹⁵⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 325.

public. Comme l'a indiqué Dereux, « la volonté [est] maîtresse de faire naître des droits et des obligations, lorsqu'elle remplit certaines conditions sans lesquelles elle ne paraîtrait pas respectable¹⁵⁹ », et dont elle « est exempte de vices graves¹⁶⁰ » légalement qualifiés. Autrement dit, l'acte juridique doit être licite¹⁶¹. En réalité, la licéité de l'acte juridique constitue une condition substantielle sous laquelle l'acte juridique peut avoir l'effet de droit.

En droit chinois, la matière de licéité de l'acte juridique est prioritairement soulignée par rapport à sa matière de volonté. Selon l'article 54 de la loi intitulée « Principes généraux du droit civil », l'acte juridique civil est défini comme un acte licite destiné à créer, à modifier ou à éteindre les droits civils et les obligations civiles. L'article 55 de cette loi dispose trois conditions essentielles de validité d'un acte juridique : capacité de l'auteur (ou des auteurs), réalité de la déclaration de volonté, conformité à la loi et à l'intérêt général. Analysant ces deux articles légaux, on peut trouver que le droit chinois accepte implicitement l'acte juridique en tant qu'acte de volonté, même si cette expression n'est pas marquée dans la définition légale. Cependant, le droit chinois ne consacre pas la primauté de la volonté réelle des parties dans tous les éléments d'un acte juridique. Un contrôle de licéité est effectivement souligné par le législateur. Précisément, l'acte juridique repose non seulement sur la déclaration de volonté, mais également sur l'exigence de la norme d'ordre public.

Envisageant les critiques de la doctrine positiviste, la théorie de l'acte juridique ne peut pas trouver les arguments de réplique dans la conception de l'autonomie de la volonté. Or, le constat d'une condition obligatoire de licéité de l'acte juridique implique que l'acte juridique n'est pas seulement un fruit de la manifestation de volonté. Sa qualité « juridique » exige un contrôle extrinsèque de la licéité de l'acte de volonté. Ce contrôle s'applique non seulement sur les moyens de sa formation, mais également sur son contenu, c'est-à-dire les droits et les obligations établis. Le contrôle du contenu d'un acte juridique ne peut pas échapper à l'intervention des normes impératives externes. L'article 1135 du Code civil justifie, sans doute, l'existence de cette intervention. Gounot a indiqué qu'« à lire, par exemple, nos

¹⁵⁹ G. DEREUX, *L'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, 1905, p. 443.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 445.

articles 1134 alinéa3, et 1135, il semblerait que le Code civil ait refusé, en matière de conventions, de reconnaître la volonté comme l'unique principe des effets de droit et qu'il ait érigé à côté d'elle, en sources juridiques autonomes, la loi, l'usage, l'équité et la bonne foi¹⁶² ». Ainsi, l'acte juridique repose, en effet, sur un double fondement soit de volonté, soit de régularité. L'interprétation de l'acte juridique vise à la fois l'intention de l'auteur et les éléments imposés par la loi, l'usage et l'équité.

L'évolution contemporaine de la théorie de l'acte juridique multiplie la matière de l'interprétation du contrat. Or, la conception du rapport contractuel paraît également utile pour la redéfinition de l'interprétation du contrat.

B. Utilité de la conception du rapport contractuel

Le droit français s'habitue à exprimer le contrat comme un accord de volontés. Cela conduit l'interprétation du contrat à une recherche de la commune intention des parties. Le droit chinois définit le contrat en tant qu'instrument destiné à établir un rapport juridique civil¹⁶³. Reposant sur cette compréhension, l'interprétation du contrat vise le fait d'échange entre les parties contractantes, c'est-à-dire un rapport de droits et d'obligations. Cette opération interprétative porte évidemment un caractère objectif et extrinsèque.

En effet, le rapport civil consacré par le droit chinois repose toutefois sur la conception d'obligation du système de droit civil. Les « Principes généraux du droit civil » de 1986 ont défini l'obligation comme « un certain rapport de droits et d'obligations stipulés par les parties contractantes ou disposés par la loi, dans lequel celui qui possède les droits est créancier, celui qui est tenu des obligations est

¹⁶¹ Voir N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique : étude critique de la conception classique*, thèse, éd. Sirey, Paris, 1931, § 3, p. 30.

¹⁶² E. GOUNOT, *thèse, op. cit.*, p. 173.

¹⁶³ Selon l'article 85 de la loi chinoise intitulée « Principes généraux du droit civil », « le contrat est une convention entre parties destinée à créer, à modifier ou à éteindre le rapport civil ».

débiteur ». Le rapport civil établi par le contrat est juste une relation juridique entre créancier et débiteur¹⁶⁴.

En droit français, la notion d'obligation comporte aussi l'affirmation d'un rapport juridique. Selon une définition généralement acceptée, l'obligation est un « lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers – en vertu soit d'un contrat (obligation contractuelle), soit d'un quasi-contrat (...) »¹⁶⁵. Et le contrat a « pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété »¹⁶⁶.

Puisque le contrat peut être considéré comme un lien de droit ou comme un rapport d'obligation, l'interprétation du contrat pourrait être dégagée de la compréhension subjective traditionnelle de la doctrine française, et servir à éclairer le rapport juridique contractuel dans lequel la volonté et l'ordre public coexistent et fonctionnent ensemble. Cette adaptation théorique correspond effectivement à la matière véritable du contrat et à la réalité de la pratique contractuelle. Elle peut, au moins, expliquer l'ambivalence de l'interprétation du contrat.

Pour réaliser une redéfinition exacte, nous devons avoir, outre une connaissance correcte de la matière du contrat, une juste localisation de l'interprétation du contrat dans le droit des contrats.

§ 2. Localisation de l'interprétation du contrat dans le droit des contrats

Le Code civil français a pris l'initiative d'édicter les règles d'interprétation des conventions dans un chapitre intitulé « De l'effet du contrat ». La doctrine postérieure du droit a suivi fidèlement. D'une part, la doctrine traditionnelle considère que la volonté des parties donne l'effet obligatoire au contrat : interpréter le contrat est de

¹⁶⁴ Voir WANG Liming 王利明 et CUI Jianyuan 崔建远 *Droit civil : dispositions générales 合同法新论总则* éd. Université politique et juridique de Chine Presse 中国政法大学出版社, 2000, Pékin 北京, p. 22-27.

¹⁶⁵ Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous direction de G. CORNU, éd. Puf, terme « obligation » ; voir aussi, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique, op. cit.*, n° 2, p. 2.

¹⁶⁶ *Vocabulaire juridique, op. cit.*, terme « contrat ».

déterminer son effet¹⁶⁷. D'autre part, même si la doctrine contemporaine relativise le rôle de la volonté des parties, l'interprétation du contrat, en tant qu'un des régimes du droit des contrats, a pour objectif de se servir d'un régime autre destiné à déterminer l'effet du contrat.

Le droit chinois ne localise pas le régime d'interprétation du contrat dans le cadre de l'effet du contrat. Il le considère généralement comme un instrument destiné à éclairer le contenu du contrat. Malheureusement, le législateur chinois n'a pas construit une section de règles d'interprétation du contrat. Dans la loi sur les contrats de 1999, un principe directeur d'interprétation est établi dans un chapitre subsidiaire intitulé « D'autres dispositions ». En doctrine, l'interprétation du contrat est souvent traitée comme un chapitre indépendant de l'ouvrage.

Malgré tout, l'interprétation du contrat doit manifester non seulement son caractère irréductible en tant que régime indépendant, mais aussi la collaboration avec le régime voisin. Conceptuellement, elle doit être distinguée de la qualification du contrat (A). Techniquement, sa mise en œuvre doit correctement s'inscrire dans la chaîne logique du syllogisme judiciaire (B).

A. Interprétation du contrat et qualification du contrat

La qualification juridique existe, en tant qu'instrument nécessaire, dans les activités judiciaires de tous les pays du monde. Mais en droit des contrats, une distinction minutieuse entre interprétation et qualification est établie, grâce à l'initiative de la doctrine française. Cette contribution a le mérite de mettre à jour clairement la différence entre la nature de l'interprétation et celle de la qualification. Elle permet une distinction entre question de fait et question de droit. En théorie, la distinction entre les deux est évidente (1). En pratique, elle semble plus difficile (2).

1. Distinction théorique entre interprétation et qualification

¹⁶⁷ Voir E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, op. préc.*, p. 171.

Selon une définition généralement acceptée, la qualification désigne « une opération intellectuelle consistant dans l'analyse juridique d'un fait ou d'un acte qui constitue une question de droit (non de fait)¹⁶⁸ », par laquelle le juge cherche à « le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante¹⁶⁹ ». En matière contractuelle, la qualification implique le rattachement du contrat à un type de contrat nommé et l'application de règles particulières préétablies pour ce type de contrat. En cas d'échec du rattachement, l'article 1107 du Code civil précise que « les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre » (alinéa 1). Évidemment, le but de la qualification est la détermination des règles légales d'application. De plus, le pouvoir judiciaire de qualification n'est limité ni par la dénomination convenue des parties, ni par la qualification procédée par le juge du fond. Précisément, la volonté individuelle sur la nature du contrat n'empêche pas la démarche du pouvoir autonome de qualification du juge. Pourtant, la démarche de ce pouvoir doit impérativement être contrôlée par la Cour de cassation, puisqu'elle constitue une opération intellectuelle de droit.

Or, l'interprétation du contrat consiste à « déterminer le sens et la portée des obligations contractées¹⁷⁰ ». Elle n'a pas vocation à trouver des règles légales d'application. Lorsqu'un doute apparaît sur le contenu du contrat, le juge doit, tout d'abord, rechercher la commune intention des parties. Cette opération ne constitue qu'une question de fait. Autrement dit, elle n'a pas besoin de se référer aux catégories juridiques préétablies par le droit. Au moins, dans le cadre créé par la doctrine traditionnelle volontariste, l'interprétation du contrat est bien distincte d'une opération de droit. Par conséquent, la volonté individuelle constitue le premier élément à apprécier dans l'interprétation du contrat. Les clauses d'interprétation convenues par les parties peuvent, en tant que déclaration explicite de la commune intention des parties, s'imposer aux juges dans l'interprétation du contrat¹⁷¹, sauf que ces clauses ne correspondent pas à l'esprit des éléments essentiels du contrat. De plus, le pouvoir autonome du juge de fond dans l'interprétation du contrat est exonéré

¹⁶⁸ Vocabulaire juridique, *op. cit.*, terme « qualification », III.

¹⁶⁹ *Ibid.*, I.

¹⁷⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. précit.*, n° 444 ; voir aussi, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, *Les obligations*, 2^e éd. Sirey, 1988, n° 240, p. 248 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, I. *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 393.

du contrôle de la Cour de cassation, excepté le cas de dénaturation d'une clause claire et précise.

En outre, la distinction entre interprétation et qualification permet, en théorie, d'établir un ordre d'exercice des instruments judiciaires destiné à résoudre les contestations du litige contractuel. Comme l'indiquent MM. Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « en stricte logique, interprétation et qualification s'inscrivent dans une chronologie où la première apparaît comme un préalable nécessaire de la seconde¹⁷² ». Car « il convient, en effet, d'abord, de dissiper les obscurités du contrat lui-même avant de rechercher le régime juridique qui lui est applicable¹⁷³ ». L'établissement de cette chronologie met en évidence le lien logique et fonctionnel entre interprétation et qualification. Cela permet au juge de nuancer les questions de natures différentes et de traiter correctement les contestations entre les parties. Par exemple, lorsque le problème litigieux est issu de la compréhension différente de la nature du contrat transcrite dans le texte conventionnel, le juge doit aborder l'interprétation de la commune intention des parties, puis trouver, par l'opération de qualification, la vraie nature du contrat en litige. Si, à l'inverse, le juge néglige la recherche de la volonté réelle des parties, et applique directement, selon l'intitulé du contrat dans son texte, les règles légales concernées, la vraie nature du contrat sera cachée à cause d'une erreur technique judiciaire.

Pourtant, comme l'a révélé Dereux¹⁷⁴, lorsqu'« on réduit presque entièrement l'interprétation des actes privés à n'être qu'une collection de questions de fait », il résulte, en pratique, des phénomènes incohérents, tant en matière de nature de l'opération judiciaire qu'en matière d'ordre d'exercice des instruments judiciaires, voire certaines confusions entre interprétation et qualification.

¹⁷¹ Voir W. DROSS, *Clausier*, éd. Litec 2008, « Interprétation », p. 310.

¹⁷² F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. précit.*, n° 444 ; voir aussi, Fr. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. LE BALLE, éd. LGDJ, 1957, n° 12 et n° 674 ; J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse, Paris II, 1968, n° 61 ; Ph. SIMLER, *JCL Civil Code*, art. 1156 à 1164, sep. 2009, n° 19.

¹⁷³ *Eod. loc.*

¹⁷⁴ G. DEREUX, *L'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, 1905, p. 457 et s.

2. Confusion entre interprétation et qualification dans la pratique

L'interprétation du contrat ne semble pas toujours une question de fait. Comme l'a indiqué Gounot, « rechercher, dans le silence des volontés, la solution la plus juste, la plus équitable, la plus conforme aux besoins du crédit et à l'intérêt général, sauf à imaginer ensuite dans le sens de cette solution une volonté fictive, c'est agiter une question de droit¹⁷⁵ ». Il s'agit de l'interprétation constructive du contrat, dont les articles 1135 et 1160 du Code civil jouent un rôle décisif. Les juges ont souvent recours à l'équité pour disposer, au nom de l'interprétation, à nouveau des obligations entre les parties. Or, l'équité est en général définie selon l'exigence d'ordre public. Cette conception existe aussi dans l'application de l'article 1162 du Code civil. L'interprétation d'équité exercée par les juges ne repose pas, en effet, sur un fait contractuel existant.

D'ailleurs, l'interprétation rationnelle du contrat fait référence à la nature du contrat. Or, celle-ci est le résultat de la qualification du contrat, une appréciation de droit. Les juges déterminent les obligations du débiteur au regard de la nature du contrat. Cette opération d'interprétation est donc marquée par certains caractères de droit.

Le contrôle judiciaire de dénaturation du contrat par la Cour de cassation provoque également la question de distinction entre le fait et le droit. À partir d'un arrêt important rendu le 2 février 1808¹⁷⁶, la Cour de cassation a solennellement abandonné aux juges de fond le pouvoir souverain d'interprétation du contrat pour réaliser la division des pouvoirs judiciaires d'appréciations du fait et du droit. Mais, une soixantaine d'années après, la haute juridiction a eu envie de se réserver le pouvoir de contrôler les conditions d'exercice de l'interprétation en interdisant aux juges du fond de dénaturer, sous couvert d'interprétation, les termes clairs et précis¹⁷⁷. La dénaturation des termes clairs et précis du contrat constitue-t-elle une question de droit ? Selon Carbonnier, « la dénaturation ne doit pas être comprise comme une sorte particulière d'erreur, qui concernerait la nature juridique, la qualification du contrat (l'erreur sur la qualification a toujours suffi, du reste, à entraîner la cassation). C'est une erreur sur la portée du contrat ; donc une mauvaise

¹⁷⁵ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, op. préc.*, p. 225.

¹⁷⁶ Cass. ch. réunies, 2 févr. 1808, *S. chronol.* 1, p. 183; *D. jur. gén.* V° Cassation, n° 1573, concl. Merlin; *Grands arrêts jurispr. civ.* par Fr. Terré et Y. Lequette, t. 2, Dalloz, 12^e éd. 2008, n° 160.

interprétation, mais, sans doute, d'une gravité particulière, et qui saute aux yeux¹⁷⁸ ». Il est alors raisonnable de la considérer comme une exception de la fonction courante de la Cour de cassation parce que, normalement, celle-ci n'exerce son pouvoir souverain de contrôle que pour les problèmes de droit. Les avantages de cette exception sont révélés par M. Y. Paclot : d'une part, le contrôle de dénaturation permet de sanctionner l'excès de pouvoir des juges du fond ; d'autre part, il permet à la haute juridiction d'intervenir dans l'appréciation du fait du contrat¹⁷⁹. En matière juridictionnelle, le motif de distinguer le fait et le droit semble flou et variable¹⁸⁰.

En outre, la chronologie d'exercice entre l'interprétation et la qualification ne reflète pas la situation complexe de la pratique judiciaire. M. J. Dupichot a indiqué qu'« à la suite des travaux d'Emmanuel Gounot, la doctrine contemporaine constate volontiers que la distinction entre l'interprétation (question de fait) et la qualification (question de droit) est un non-sens en pratique car les deux phases du raisonnement poursuivi par le juge ne sont ni successives, ni dissociables dans le déroulement de sa pensée¹⁸¹ ». Malgré certains mots excessifs employés par cet auteur, une certaine incohérence apparaît entre distinction théorique et pratique interprétative. M. Fr. Terré affirme, dans sa thèse célèbre, qu'« il est en effet parfois difficile de distinguer la qualification de l'interprétation¹⁸² ». Or, M^{me} J. Rochfeld conclut que « la clarification du lien entre interprétation et qualification paraît impossible¹⁸³ » et soutient que « l'interprétation peut le plus souvent s'induire de la qualification globale, ou au moins interagir avec elle¹⁸⁴ ». L'interaction de ces deux opérations judiciaires l'une sur l'autre trouble la chronologie d'exercice créée par la doctrine précitée.

M. Ph. Jacques voit un renversement de la chronologie dans l'exercice concret des opérations judiciaires. Selon lui, « la qualification est une opération indispensable

¹⁷⁷ Cass. civ., 15 avr. 1872, *DP* 1872, 1, p. 176 ; *S.* 1872, 1, p. 232; *Grands arrêts jurispr. civ. préc.*, n° 161.

¹⁷⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22^e éd. refondue Puf, 2000, n° 147, p. 285 ; même opinion, voir J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. préc.*, n° 25, n° 35.

¹⁷⁹ Y. PACLOT, *thèse, op. préc.*, n° 275.

¹⁸⁰ Voir Ph. SIMLER, *J.-Cl. Civil, art. 1156 à 1164*, Fasc. 20, n° 3, selon cet auteur, « il reste que la théorie de la dénaturation est elle-même, entre les mains de la Cour de cassation, un instrument non dépourvu de souplesse ».

¹⁸¹ J. DUPICHOT, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil*, in *Mélange J. FLOUR*, éd. Rép. du Notariat Defrénois, 1979, n° 4, p. 183.

¹⁸² Fr TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 12, p. 10.

¹⁸³ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Préf. J. GHESTIN, éd. LGDJ, 1999, n° 352, p. 321.

¹⁸⁴ *Eod. loc.*

à l'appréciation et elle lui est antérieure dans la détermination du contenu de la convention qu'elle permet parfois de baptiser, cependant que l'appréciation affine la teneur des catégories utilisées pour la qualification¹⁸⁵ ». Néanmoins, « l'appréciation est l'ultime étape du processus de détermination du contenu des conventions » en « supposant l'établissement préalable de sa teneur ; (...) [en soulignant] aussi que la qualification fait tampon entre l'interprétation et l'appréciation¹⁸⁶ ». L'analyse de cet auteur met en évidence le processus partiel d'interaction entre la qualification, l'appréciation et l'interprétation. En effet, dans ce processus, une vraie qualification solennelle est toutefois apportée presque à la fin du raisonnement, avant la détermination des règles d'application. Ce que cet auteur nomme qualification, doit être considéré comme un pré-jugement, ou une pré-qualification, afin d'orienter la démarche de l'appréciation du contenu du contrat. Étant une réflexion spontanée, parfois une intuition, ce pré-jugement repose sur les expériences du juge. Il devient important, voire indispensable, en cas de silence du texte contractuel.

En droit chinois, la distinction entre le fait et le droit ne provoque pas une division totale des pouvoirs judiciaires. Selon la loi de procédure civile, la Cour suprême de Chine est toutefois chargée de contrôler l'interprétation du fait litigieux exercée par les juges du fond à chaque niveau de contentieux¹⁸⁷. L'article 21 de la loi fixe les conditions de saisine de la Cour suprême pour les contentieux de premier degré. Outre les litiges qui ont une grande influence dans tout le pays, la Cour suprême peut librement décider de ce qu'elle doit être saisie. Cela implique que cette haute juridiction de Chine a le pouvoir et le devoir de traiter les questions de fait dans les contentieux. Pour les contentieux de second degré, les juges appliquent l'article 153 qui prévoit toutes les circonstances dans lesquelles ils peuvent exprimer les diverses raisons de rendre leurs décisions. Si elle est dans ce cas, la Cour suprême doit prendre en considération la clarté du fait constaté par le juge du fond, la suffisance des preuves, l'exactitude de l'application du droit et le respect parfait de la procédure civile. Enfin, pour les contentieux de dernier degré, selon l'article 179 de la loi, la Cour suprême doit encore vérifier la décision contestée, tant en fait qu'en droit. Une fois que l'interprétation du fait contractuel par le juge du fond ne peut pas

¹⁸⁵ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préf. Fr. CHABAS, éd. Dalloz, n° 156, p. 294.

¹⁸⁶ *Eod. loc.*

¹⁸⁷ Voir les articles 21, 153 et 179 de la loi de procédure civile de Chine.

être confirmée, la Cour suprême ordonne à la cour inférieure de traiter à nouveau le litige concerné. Autrement dit, la haute juridiction n'exerce pas directement le pouvoir d'interprétation du contrat.

Même si la qualification judiciaire du contrat constitue toujours un sujet de recherche parmi les magistrats, le droit positif ne consacre jamais une notion officielle pour cette opération judiciaire. Cette situation influence sans doute la doctrine de droit civil. En raison de l'absence de distinction entre l'interprétation et la qualification, la question de la nature de l'interprétation du contrat ne manque pas de controverses. Les auteurs qui la définissent comme une question de fait soulignent que la volonté des parties et les obligations convenues participent toutes à un fait¹⁸⁸. À l'inverse, les opposants indiquent que, du fait que l'interprétation du contrat est en effet conduite par les conceptions de valeur du droit, elle doit être regardée comme une question de droit¹⁸⁹. De plus, l'exercice de l'interprétation doit respecter les règles établies par le législateur. Cela implique que l'interprétation du contrat est essentiellement une question d'application du droit, donc une question de droit¹⁹⁰. Mais la majorité de la doctrine chinoise tend à considérer l'interprétation du contrat comme une opération mixte de fait et de droit¹⁹¹.

M^{me} Y. Zhou pense que dans le débat de la nature de l'interprétation du contrat, il faut distinguer le fait objectif du fait juridique, car ce dernier désigne le fait qui peut être justifié par les preuves dans le contentieux. Ainsi, le fait juridique dépend de l'opération judiciaire conduite par les juges. En réalité, à cause de l'insuffisance des preuves ou de la faiblesse de la compétence des juges, il est impossible de rétablir parfaitement un fait objectif passé par l'opération judiciaire. Inspiré par l'herméneutique et par l'économie du droit, cet auteur préconise que l'établissement du fait juridique dépende de la formation de l'intime conviction du juge, mais non de la découverte parfaite du fait objectif.¹⁹²

Le point de vue de M^{me} Zhou représente une rénovation du concept judiciaire. En effet, il fait partie d'un courant subjectif depuis plusieurs années. En 2002, la

¹⁸⁸ Voir 李永军 LI Yongjun, *合同法 Droit des contrats*² éd., 法律出版社 Law Press de China, 2005, p. 611.

¹⁸⁹ 彭清生 PENG Suisheng, *合同法要义 Esprit essentiel du droit des contrats*, éd. 中国政法大学出版社 Univers

Juridique de Chine Press, Pékin, 2003, p. 45.

¹⁹⁰ 韩世远 HAN Shiyuan, *合同解释论 Essai sur l'interprétation des contrats*, 合同法评论

taires du droit des contrats, n° 2,

王利明 WANG Lihong et 刘明祥 LIU Mingxiang, éd. 人民法院出版社

¹⁹¹ Voir 徐涤宇 XU Diyu, *论合同的解释 L'interprétation du contrat*, in *民商法论丛 Traité de droits civil et commercial*, Vol. 8, sous dir. LIANG Huixing, éd. 法律出版社 Law Press de China 1997 p. 739 ; 胡基 HU Ji, *合同解释的理论及规则研究 Recherche sur la théorie et les règles d'interprétation du contrat*, in *民商法论丛 Traité de droits civil et commercial* Vol. 8, sous dir. LIANG Huixing, éd. 法律出版社 de China, 1997 p. 30 ; 周艳 ZHOU Yan, thèse, *op. préc.*, p. 40 et s.

Cour suprême de Chine a officiellement rendu un document intitulé, « Réglementation sur les preuves dans les contentieux civils ». L'article 63 de ce document dispose que « les tribunaux populaires doivent fonder leurs décisions sur le fait qui peut être justifié par les preuves constatées ». De plus, l'article 71 permet au juge de rendre sa décision en faveur d'une des parties dont les preuves fournies sont plus fortes que celles de son cocontractant afin de trancher le litige dans le délai légal. Ainsi, la Cour suprême de Chine semble abandonner le principe traditionnel de rechercher la vérité du fait et embrasse la conception du libre arbitre du juge. Par conséquent, l'interprétation du contrat devient une question de droit plutôt qu'une question de fait.

Le lien entre interprétation et qualification s'avère logique. Dans un jugement, ces deux instruments coopèrent pour choisir correctement les règles d'application. Cette relation est éclairée par le syllogisme judiciaire.

B. Interprétation du contrat dans le syllogisme judiciaire

Les décisions judiciaires reposent sur le raisonnement juridique fondé sur la logique formelle syllogistique. Selon la théorie syllogistique, un raisonnement juridique comporte trois étapes logiques : la prémisse majeure qui représente la loi générale ; la prémisse mineure qui représente l'acte ou le fait ; et la conclusion est le résultat de l'argument¹⁹³.

La relation logique entre ces trois étapes peut être expliquée par le schéma suivant : si A équivaut B (prémisse majeure), et si C équivaut A (prémisse mineure), alors C égale B (conclusion). Précisément, en matière juridique, on connaît cette démonstration traditionnelle¹⁹⁴ : selon la loi, tout vol doit être puni de six mois d'emprisonnement (prémisse majeure) ; si le juge constate l'existence d'un vol dans

¹⁹² Voir 周艳 ZHOU Yan, thèse, *op. préc.*, p. 41-47.

¹⁹³ Voir N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, éd. Puf, 1996, p. 32 et s. ; C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, éd. G. F. Flammarion, Paris, 1991, p. 67.

¹⁹⁴ Cf. : T. JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, Préf. S. GUINCHARD, éd. PUAM, 2004, n° 98, p.85.

un cas concret (prémisse mineure), le voleur subit alors un emprisonnement de six mois (conclusion).

Cependant, la démonstration précitée du droit pénal provoque des controverses sur la légitimité du syllogisme. Pour M. Ch. Perelman, cette analyse syllogistique est inadmissible, « car elle aurait pour effet de supprimer, comme par un coup de baguette magique, toutes les difficultés soulevées par la distinction du fait et du droit¹⁹⁵ ». Il pense qu'« une analyse instructive ne doit pas escamoter les difficultés, mais bien mettre en lumière le point où elles se produisent¹⁹⁶ ». Or, dans l'analyse critiquée, la qualification « est toujours opérée dans la [prémisse] mineure qui ne peut donc pas, sans plus, être considérée comme décrivant simplement les faits de la cause¹⁹⁷ ».

En effet, la fin du syllogisme judiciaire devrait être l'achèvement de la qualification, mais non l'application du droit. En matière contractuelle, le droit des contrats préétablit les diverses catégories juridiques de contrat (ou dites types de contrat). Chaque catégorie est caractérisée par les éléments essentiels. Cette disposition est en général réalisée par le législateur. La jurisprudence joue un rôle subsidiaire dans cette fonction. Cette étape constitue la prémisse majeure d'un raisonnement syllogistique. En pratique judiciaire, si un contrat litigieux comporte les éléments principaux identiques ou similaires aux éléments essentiels d'une certaine catégorie juridique préétablie par la loi (prémisse mineure), le juge qualifie ce contrat comme le type juridique concerné (conclusion).

Dans le raisonnement syllogistique décrit ci-dessus, l'interprétation du contrat se trouve à l'étape de prémisse mineure. Le juge détermine, par analogie, le sens des éléments essentiels du contrat. Dans cette opération interprétative, le juge recherche les éléments contractuels au regard d'une pré-qualification faite par lui-même, c'est-à-dire une démarche d'aller-retour intellectuelle entre le fait et le droit. Une fois que la conformité du sens et des caractères est constatée, la qualification prend sa place en tant que conclusion.

Si le raisonnement juridique syllogistique est inévitable pour tous les jugements, l'interprétation est aussi, comme la qualification, une étape nécessaire du jugement.

¹⁹⁵ Ch. PERELMAN, *La distinction du fait et du droit : le point de vue du logicien*, in *Le fait et le droit*, Études de logique juridique, éd. Bruylant, 1961, p. 269-270.

¹⁹⁶ *Eod. loc.*

En d'autres termes, le juge ne peut pas échapper à l'utilisation de cet instrument. Ce constat semble douter de la légitimité de la théorie de dénaturation du contrat créée par la jurisprudence française.

¹⁹⁷ *Eod. loc.*

TITRE II : REGIMES DE L'INTERPRETATION DU CONTRAT

L'interprétation du contrat n'est pas seulement une théorie juridique, mais c'est aussi un régime juridique tant en France qu'en Chine. Grâce aux jurisconsultes classiques, dont Domat et Pothier, le Code civil français de 1804 a hérité des règles interprétatives du droit romain. Or, sous l'influence de la doctrine, le législateur chinois a inséré une disposition interprétative de principe et une disposition interprétative spécifique au contrat standardisé dans la loi sur les contrats en 1999. Les droits positifs dans les deux pays méritent de pouvoir comparer de façon approfondie les règles légales et jurisprudentielles, d'abord françaises (chapitre I), puis chinoises (chapitre II).

Chapitre I : Règles françaises d'interprétation du contrat

La fixation des règles d'interprétation du contrat implique que cette opération judiciaire doit se soumettre aux indices législatifs et à la jurisprudence précédemment rendue en évitant l'arbitraire du juge. En considérant les circonstances concrètes de la pratique, le législateur crée les règles d'interprétation du contrat, et prescrit au juge ses initiatives sur l'exercice judiciaire. Or, la pratique de la juridiction enrichit effectivement ces règles d'interprétation en fournissant de nouvelles indications interprétatives. La création des règles d'interprétation (Section 1) comporte au moins deux aspects importants : la manifestation de la conception législative du contrat et la fixation législative du pouvoir interprétatif du juge dans les litiges contractuels. Ainsi, analyser la fonction des règles d'interprétation du contrat (Section 2) peut montrer, en pratique, la compréhension judiciaire et doctrinale de ces règles législatives.

Section 1 : Création des règles d'interprétation du contrat

Étant issues d'une synthèse des travaux des juristes classiques, qui se sont inspirés des idées des juristes préclassiques et de l'enseignement du *Digeste*, les directives d'interprétation du contrat consacrées par le Code civil se manifestent par les articles 1156 à 1164. Le débat doctrinal relatif à ces règles se focalise non seulement sur leur sens (§ 1), mais aussi sur leur esprit législatif originaire (§ 2).

§ 1. Recherche du sens des articles 1156 à 1164 du Code civil

Le régime d'interprétation du contrat dans le Code civil français représente un modèle législatif destiné à donner au juge des indices plus détaillés par rapport aux

droits des autres pays¹⁹⁸. Les règles codifiées sont réellement une reprise des règles d'interprétation du droit romain, révélées et glosées par les jurisconsultes préclassiques et classiques, notamment par Domat et Pothier. Il semble que la rédaction de ces règles d'interprétation repose principalement sur l'hypothèse d'un contrat synallagmatique écrit. Ce texte montre deux caractéristiques : en premier lieu, la conformité entre l'esprit *negotium* et la lettre *instrumentum* du texte constitue la base logique de la création des règles d'interprétation du contrat ; en second lieu, la relation commutative entre les parties contractantes est toujours considérée par les rédacteurs du Code.

A. Article 1156 du Code civil

Occupant une place primordiale dans une section intitulée, « De l'interprétation des conventions », du Code civil, l'article 1156 énonce que l'« on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Cette disposition est directement, presque mot pour mot, tirée du « Traité des obligations »¹⁹⁹ de Pothier, issue originellement du *Digeste* de Papinien²⁰⁰.

Malgré le silence du Code Napoléon sur le rôle de l'article 1156 dans la section législative indiquée, la doctrine française considère unanimement l'importance de cette directive comme « la clé de voûte de notre système d'interprétation subjective²⁰¹ » et « la règle des règles²⁰² ». Une lecture ordinaire donne deux enseignements au sens littéral de cet article : d'une part, l'interprétation du contrat ne désigne pas simplement une explication du sens littéral des termes utilisés dans les conventions ; d'autre part, la recherche de la commune intention des parties est obligatoire pour le juge, afin de réaliser une interprétation correcte des conventions.

¹⁹⁸ Voir B. FAUVARQUE-COSSON, l'interprétation du contrat : observations comparatives, *RDC* 2007/2, p.482. Selon cet auteur, les droits allemand et suisse se contentent d'énoncer des règles de principe ; et les droits néerlandais et d'autres pays nordiques ont exclu les règles d'interprétation, considérées comme trop connues et trop générales.

¹⁹⁹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. 1, 1^{re} éd. 1761, Paris, n° 91, première règle pour l'interprétation des conventions : « on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plus que le sens grammatical des termes ».

²⁰⁰ Voir *Digeste* 50.16.219.

²⁰¹ J. DUPICHOT, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil*, in *Mélange J. FLOUR*, éd. Rép. du Notariat Deffrénois, 1979, n° 8, p. 187.

En effet, l'article 1156 ne définit pas l'interprétation des conventions comme une recherche de la commune volonté interne des parties. Elle ne souligne que la nécessité de cette recherche psychologique dans l'interprétation du contrat.

Il existe, sans doute, d'autres compréhensions doctrinales. M. Y. Paclot trouve un double principe d'interprétation dans cet article. Selon lui, « en premier lieu, lorsque le sens d'un acte ne ressort pas de sa lettre, les tribunaux doivent rechercher la volonté réelle des parties ; en second lieu, en cas de conflit entre la volonté exprimée et la volonté interne, – entre la lettre et l'esprit –, il faut accorder à la volonté interne prééminence sur la volonté exprimée ; le juge, de la sorte, peut être amené à écarter l'application d'une clause, claire en apparence, mais manifestement contraire aux finalités poursuivies par les auteurs de l'acte²⁰³ ». Cette observation consiste à soulager l'interprétation d'un contrat clair dans l'interdiction jurisprudentielle, mais elle confond le sens de l'article 1156 et celui de l'article 1158. Ce dernier dispose une directive d'interprétation de la conformité à la matière du contrat. En outre, la recherche de la commune intention des parties constitue, en pratique, un procédé nécessaire de l'appréciation d'une conformité entre la lettre et l'esprit du contrat. Autrement dit, le constat que « le sens d'un acte ne ressort pas de sa lettre », dépend du résultat de la recherche psychologique, mais non l'inverse.

De plus, M. Paclot indique que l'article 1156 comporte un concept de primauté de la volonté interne sur la volonté exprimée. Comme le dit M. Ph. Simler, « l'esprit doit l'emporter sur la lettre²⁰⁴ ». Pourtant, ce constat n'implique pas naturellement que la démarche de l'interprétation du contrat repose sur le conflit entre la lettre et l'esprit du contrat. L'article 1156 ne décrit pas une situation de conflit ou paradoxale entre la lettre et l'esprit du texte contractuel. Or, dans le projet de livre préliminaire du Code civil de 1804, les rédacteurs affirmaient un concept contradictoire, celui que la lettre l'emporte sur l'esprit, en disant que, « quand une loi est claire, il ne faut pas en élucider la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit et dans l'application d'une loi obscure, on doit préférer le sens le plus naturel et celui qui est le moins défectueux

²⁰² Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 25, L. III, t. III, ch. III, n° 3.

²⁰³ Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse, Paris II, 1988, n° 244, p. 227-228.

²⁰⁴ Ph. SIMLER, *JCL Civil Code*, art. 1156 à 1164, sep. 2009.

dans l'exécution²⁰⁵ ». Cette disposition fut cependant rejetée par le corps législatif et également par le Tribunat. Même si l'on peut répliquer que le refus du législateur et de la juridiction ne vise qu'à l'interprétation de la loi qui est traitée dans le projet de livre préliminaire entièrement rejeté, la fixation législative des directives d'interprétation des conventions dans le Code civil ne comporte pas non plus une disposition destinée à exprimer le sens précité ci-dessus, c'est-à-dire l'interdiction d'interpréter une clause contractuelle claire. Or, en tant que source directe des règles d'interprétation des conventions, aucune parmi les douze règles marquées par Pothier ne concerne l'interdiction de l'interprétation d'une clause claire. En revanche, Domat a employé les termes comme « obscur », « douteux », « obscurité », « incertitudes » ou « ambiguïté » dans ses vingt règles d'interprétation²⁰⁶. En effet, chez Domat, l'ambiguïté, l'obscurité ou autres défauts d'expression contractuelle ne constituent pas une condition de procéder à l'interprétation du contrat, mais sont plutôt sur les causes de l'interprétation. Or, la recherche de la commune intention des parties est, selon lui, une voie raisonnable pour trouver la signification exacte de la clause contractuelle, car « les conventions devant être formées par le consentement mutuel de ceux qui traitent ensemble, chacun doit y expliquer sincèrement et clairement ce qu'il promet et ce qu'il prétend²⁰⁷ ». Évidemment, ce n'est pas la seule voie pour interpréter le contrat.

Par ailleurs, l'article 1156, en soi, n'exprime pas sa primauté sur les directives d'interprétation suivantes. En raison de la cohérence avec l'esprit de l'article 1134 du Code civil, les jurisconsultes postérieurs confèrent à cet article le rôle d'être la règle de principe²⁰⁸.

B. Article 1157 du Code civil

²⁰⁵ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, projet de livre préliminaire du Code civil, titre V, art. 5, Paris, 1827, t. 2, p. 6-8.

²⁰⁶ Voir J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Titre I, Sec. II, p. 22-23. La première règle indique que « c'est par leur intention commune (les parties contractantes) qu'on explique ce que la convention peut avoir d'obscur et de douteux » ; la sixième règle affirme que « les obscurités et les incertitudes des clauses qui obligent s'interprètent en faveur de celui qui est obligé » ; selon la septième règle, « si l'obscurité, l'ambiguïté, ou tout autre vice d'une expression, est un effet de la mauvaise foi, ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui ».

²⁰⁷ *Ibid.*, première règle.

²⁰⁸ Même opinion voir Ph. SIMLER, *JCL Civil Code*, art. 1156 à 1164, sep. 2009, analyse sur l'article 1156.

Tiré directement de la deuxième règle de Pothier²⁰⁹, l'article 1157 du Code civil énonce que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

Cette directive d'interprétation indique clairement une présomption d'efficacité de la déclaration de la commune intention des parties. Précisément, comme le dit M. Paclot, « les parties ne sont point censées avoir stipulé pour ne rien dire ; en d'autres termes, les dispositions absurdes ou inapplicables doivent être considérées *a priori* comme le produit d'une erreur de rédaction²¹⁰ ». Cette analyse correspond parfaitement à l'exemple²¹¹ d'explication donné par Pothier : une clause contractuelle stipule qu'« il a été convenu entre Pierre et Paul, que Paul pourrait passer sur ses héritages ». Selon Pothier, cette clause désigne seulement que Paul avait le droit de passer sur les héritages de Pierre, car il n'a pas eu besoin de stipuler qu'il pourrait passer sur ses propres héritages.

Cet exemple caractérise, en effet, l'expression de l'article 1157. Précisément, « le sens avec lequel [la clause] n'en pourrait produire aucun » doit évidemment paraître déraisonnable et étrange par rapport aux circonstances normales relatives à l'activité de contracter. Comme l'indique M. J. Lopez Santa Maria, « l'article 1157 formule la règle de l'utilité des clauses²¹² ». Ici, l'utilité de la clause contractuelle se rapproche plutôt d'un sens courant, non juridique, c'est-à-dire l'utilité économique ou sociale. Alors, le sens « avec lequel elle peut avoir quelque effet » ne concerne pas une prévision juridique des parties au moment de la conclusion du contrat. Cet article ne présume pas que tous les contractants connaissent bien la loi qui régit le contrat. L'interprétation raisonnable est que la clause ambiguë, mais convenue par les parties, devrait normalement être utile pour l'exécution postérieure du contrat.

En outre, il existe une appréciation objective de l'utilité économique et sociale de la clause contractuelle sous le sens de l'article 1157. Le constat que la cause ambiguë est utile repose sur la considération des circonstances analogiques des autres contrats légalement exécutés. C'est une utilité objective, mais pas seulement dans

²⁰⁹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.*, n° 92.

²¹⁰ Y. PACLOT, *thèse, op. cit.*, n° 245, p. 229-230.

²¹¹ R.-J. POTHIER, *eod. loc.*

l'attente subjective des parties. En effet, comme l'indique M. H. Trofimoff, cette appréciation ne concerne pas « la recherche de l'intention, mais celle du sens rationnel à la déclaration²¹³ ».

Ici, il ne faut pas confondre l'utilité objective de l'expression de la volonté particulière des parties, avec la politique législative du Code civil. Cette dernière ne considère pas la particularité de la commune intention des parties comme une mission. Certains auteurs préconisent que l'article 1157 reflète une considération législative d'efficacité objective du contrat. Comme le dit M. Simler, « il y a lieu de considérer que les actes juridiques ont par eux-mêmes une certaine utilité sociale et économique et qu'en conséquence – expression du « *favor contractus* » – l'efficacité est objectivement préférable à l'inefficacité, dès lors que la solution ne heurte pas l'intention des parties et réalise approximativement l'objectif visé par elles²¹⁴ ». L'application contemporaine de la maxime, *favor contractus*, représente une politique législative qui se trouve dans la position de la primauté de la portée extrinsèque sociale d'un contrat sur son utilité particulière aux contractants eux-mêmes. Mais cette interprétation de l'article 1157 ne semble pas être conforme à son sens originel.

Toutefois, l'observation doctrinale de certains auteurs va encore plus loin. Selon celle-ci, l'article 1157 a une fonction salvatrice par laquelle le juge peut, en considérant l'utilité sociale évidente du contrat, à l'intérieur du contrat, sauver une clause litigieuse qui contrevient à la prohibition légale et qui risque d'être sanctionnée à peine de nullité²¹⁵. Autrement dit, l'article 1157 confère au juge un pouvoir de « redresser le sens d'une clause » contractuelle par l'interprétation²¹⁶. Or, cet article lui-même est considéré comme une véritable règle d'interprétation « détournée de son but normal, de la recherche de la commune intention des parties »²¹⁷.

En fait, la fonction salvatrice de l'article définie par la doctrine est douteuse. Dans le sens de l'article 1157, la situation juridique de nullité envisagée par une clause contractuelle litigieuse n'est que la conséquence d'une circonstance extrême.

²¹² J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse, Paris II, 1968, p. 47-48.

²¹³ H. TROFIMOFF, Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats, *Rev. hist. droit*, 72 (2) avr.-juin 1994, p. 205.

²¹⁴ Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, analyse sur l'article 1157. Voir aussi, Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préf. Fr. CHABAS, éd. Dalloz, n° 135, p. 254.

²¹⁵ Voir Y. PACLOT, *thèse, op. cit.*, n° 245, p. 230.

²¹⁶ Voir J. DUPICHOT, *art. préc.*, n° 18, p. 198.

Or, le terme « aucun [effet] » n'est pas toujours lié à l'invalidité de l'acte juridique. L'effet juridique d'une clause contractuelle repose sur sa légalité de fond et de forme, mais pas sur son utilité économique ou sociale. Il s'agit donc de l'appréciation du droit de cette clause. Or, les parties contractantes sont rarement expertes en droit, ni même à tout moment assistées d'un avocat pour la formation du contrat initial. Il n'est pas raisonnable d'exiger sans nuance que les parties prévoient parfaitement l'appréciation du droit de leur accord. Relisant la jurisprudence typique, on peut trouver que les juges qui refusent d'annuler une clause contractuelle n'ont pas fondé leur décision sur la motivation à sauver un contrat attaqué par une illicéité. Par exemple, dans l'arrêt rendu par la troisième chambre de la Cour de cassation le 19 décembre 1968²¹⁸, le juge qualifie une clause de répartition des bénéfices du contrat de société en participation comme une stipulation valable, en considérant que l'interprétation au sens négatif ne convient pas, évidemment, au minimum intérêt d'un des contractants, et qu'elle conduit le contrat à la nullité sans cause. Autrement dit, c'est la caractéristique déraisonnable de la clause litigieuse qui détermine l'option du juge dans l'interprétation du contrat.

Par ailleurs, au nom du concept *favor contractus*, M. Simler propose d'employer l'article 1157 pour réaliser une conversion par réduction d'un acte juridique. Précisément, lors de la présence d'un acte nul dans la figure juridique choisie par les parties, le juge peut retenir les éléments essentiels susceptibles de constituer une figure différente et efficace, répondant à l'objectif visé²¹⁹. En effet, il s'agit de la modification du contrat clairement distincte de l'interprétation du contrat, même s'il existe un lien intime entre ces deux régimes juridiques. Dans le sens originel de l'article 1157, cette exégèse semble excessive.

C. Articles 1158 et 1161 du Code civil

²¹⁷ C. GRIMALDI, Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, *RDC* 2008/2, p. 220.

²¹⁸ Cass. civ. 3^e, 19 déc. 1968, *JCP* 69, IV, 33.

²¹⁹ Voir Ph. SIMLER, *JCL Civil Code*, art. 1156 à 1164, *op. cit.*, analyse sur l'article 1157.

Avec les articles 1158 et 1161, les rédacteurs du Code civil ont fixé deux directives d'interprétation intimement liées. On les analyse successivement.

L'article 1158, qui reprend quasiment la troisième règle d'interprétation de Pothier, énonce que « les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ». Tout paraît similaire avec l'expression de Pothier dans cet article, exempté le terme-clé « matière du contrat ». En fait, Pothier, inspirateur principal des directives d'interprétation du Code civil, utilise l'expression « nature du contrat ». Comme l'indique M. H. Trofimoff²²⁰, Pothier n'a cité aucune source latine dans cette règle. En revanche, la contribution de Domat a évidemment influencé le point de vue de Pothier. Domat utilisait le terme « sujet de la convention », dans le même contexte d'expression²²¹. Le sujet de la convention désigne normalement l'intitulé juridique du contrat. Tout est clair lorsque la convention concerne un contrat nommé. Mais si le contrat est innommé, le juge doit déduire le sujet juridique de l'analyse du contenu du contrat. Le sujet de la convention est en réalité le fruit de la qualification juridique qui reflète la nature du contrat. C'est la raison pour laquelle Pothier a substitué le terme « nature du contrat »²²² à « sujet de la convention ». Cette évolution des termes employés conduit les juristes contemporains à considérer « la matière du contrat », dans l'article 1158 du Code civil comme la nature du contrat. Selon MM. A. Weill et Fr. Terré, « la « matière des contrats » conduit l'interprète à faire l'appel au système des catégories, c'est-à-dire des divisions créées par le droit entre les différents types de contrats²²³ ». M^{me} J. Rochfeld pense que l'article 1158 conduit la référence interprétative « à une catégorisation selon les grands types de contrats²²⁴ » préétablis par les lois. L'interprétation de la clause contractuelle dépend donc de la qualification juridique externe du contrat.

Assimiler la matière du contrat à la nature du contrat est contestable. Il semble que les rédacteurs du Code civil aient intentionnellement substitué le terme « matière du contrat » à l'expression de Pothier, « la nature du contrat ». Mais il y a

²²⁰ H. TROFIMOFF, *art. op.cit.*, p. 210.

²²¹ Voir J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, *op. cit.*, la cinquième règle.

²²² Voir R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 93.

²²³ A. WEILL et Fr. TERRÉ, *Droit civil : Les obligations*, éd. Dalloz, 1986, n°367, p. 367.

²²⁴ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Préf. J. GHESTIN, éd. LGDJ, 1999, n° 358, note en bas de page 33.

évidemment une différence entre les sens de la matière et de la nature. Pour découvrir la signification authentique de la directive d'interprétation, il est nécessaire de rechercher le motif législatif des rédacteurs du Code civil.

La matière est juridiquement définie comme la substance, le contenu, l'objet de l'acte juridique, ou comme le domaine déterminé par la nature des choses dont a à connaître une autorité²²⁵. Précisément, selon M. D. Mazeaud, la matière du contrat désigne classiquement l'objet, la cause et « les diverses clauses par lesquelles les contractants organisent leurs relations et aménagent leurs pouvoirs²²⁶ ». Cette interprétation du terme implique, qu'en cas de litige, le juge doit vérifier la vérification de la conformité logique de chacun des deux sens différents, voire opposés, avec les prestations contractuelles, l'objet du contrat, la cause objective du contrat et d'autres obligations (et droits) convenues par les parties. Cette opération concerne la cohérence interne entre la stipulation concrète et la substance du rapport contractuel. En ce sens, l'article 1158 tend à interpréter une clause contractuelle dans une opération contractuelle d'ensemble.

Certains juristes tentent d'intégrer les deux interprétations de l'article 1158 précitées. Selon M. J. Dupichot, cette directive d'interprétation « fait appel à une vision globale (macro-interprétation) du contrat et de ses finalités (matière, nature ou sujet)²²⁷ ». M^{me} Rochfeld pense que « l'article 1158 comprend, donc, en définitive, par sa double référence, non seulement au contrat comme globalité, mais encore au contrat comme globalité prédéfinie, une référence au type de contrat et à son but typique²²⁸ ». M. Trofimoff préconise que « l'expression ambiguë doit être analysée [non seulement] selon le type de contrat (...), [mais encore] selon les obligations et les droits que les parties se sont consentis mutuellement²²⁹ ».

Cette situation doctrinale reflète que l'interprétation du contrat doit, d'une part, respecter la logique interne du rapport contractuel, c'est-à-dire la cohérence entre une clause et la globalité d'opération dont la substance et la finalité du contrat. D'autre

²²⁵ Asso. Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, terme « matière ».

²²⁶ Voir D. MAZEAUD, La matière du contrat, in *Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats*, éd. Dalloz, 2003, p. 81 et s.

²²⁷ Voir J. DUPICHOT, *art. préc.*, n° 15, p. 193-194. Voir aussi M.-H. Maleville, *Pratique de l'interprétation des contrats : étude jurisprudentielle*, éd. Publication de l'Université de Rouen, 1991, n° 550 et s.

²²⁸ J. ROCHFELD, Cause et type de contrat, *op. cit.*, n° 358, p. 326.

²²⁹ H. TROFIMOFF, *art. op.cit.*, p. 210.

part, la référence à la nature du contrat (catégorie juridique ou type de contrat), logique extérieurement régularisée, peut donner plus d'efficacité à l'interprétation du contrat, car le constat juridique de la nature du contrat, en tant que fruit, repose justement sur l'analyse de la matière du contrat.

En ce qui concerne la caractéristique de valeur de l'article 1158 ou la relation entre cette directive et l'article 1156, la plupart de la doctrine ne nie pas que la matière du contrat ait un certain lien avec la commune intention des parties²³⁰. Mais la différence est essentielle. La règle d'interprétation définie par Domat justifie cette relation spéciale entre ces deux directives : distincte, mais non contradictoire. La cinquième règle de Domat affirmait que « si les termes d'une convention ont un double sens, il faut prendre celui qui est plus conforme à l'intention commune des contractants, et qui se rapporte le plus au sujet de la convention²³¹ ». Cette règle indique qu'une interprétation parfaite du contrat comporte deux aspects, subjectif et objectif. Or, la recherche de la conformité au sujet de la convention participe à l'aspect objectif de l'interprétation du contrat. Un auteur pense, qu'« en définitive, l'article 1158 énonce une règle subsidiaire, dont la mise en œuvre suppose que la « matière du contrat » imprime aux termes de l'acte un particularisme marqué, et à condition que l'interprète ne puisse trouver dans la commune intention des parties le moyen de résoudre la difficulté²³² ».

Avec **l'article 1161**, les rédacteurs du Code civil semblent, pour cette fois, s'inspirer directement de la troisième règle de Domat²³³ et énoncent que « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ». Étant proche de l'article 1158, l'article 1161 constate également la conformité d'une clause contractuelle avec l'opération d'ensemble contractuelle. Les principales différences sont doubles. D'une part, le contexte de

²³⁰ Cf. J. DUPICHOT, *art. préc.*, n° 15, p. 193, même si cet auteur considère l'article 1158 comme directive objective d'interprétation dans sa classification doctrinale, il affirme que « ce texte comporte, certes, une résonance subjective indéniable » ; H. TROFIMOFF, *art. op. cit.*, p. 210, définissant l'article 1158 comme principe de l'interprétation destiné à créer un critère de la plus grande vraisemblance en soulignant que cette « vraisemblance ne doit toutefois pas être seulement suivie dans le respect de la matière du contrat, mais aussi dans la recherche de l'intention, des usages, etc » ; Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, analysant l'article 1158, indique que « si l'une des interprétations plausibles est en harmonie avec l'économie générale du contrat et avec son contexte, alors qu'une autre ferait l'effet d'une note discordante ou d'un corps étranger, il est infiniment probable que la première traduise l'intention réelle des parties ».

²³¹ J. DOMAT, *eod. loc.*

²³² Y. PACLOT, Recherche sur l'interprétation juridique, *thèse, op. cit.*, n° 246, p. 231.

²³³ Voir J. DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, *op. cit.*, la troisième règle.

l'interprétation est différent. L'article 1158 suppose qu'il préexiste une ambiguïté de sens des termes contractuels. Or, selon l'article 1161, l'interprétation réciproque entre toutes les clauses contractuelles constitue, sans conditions, une exigence fondamentale. Comme le dit M. Simler, « dans le cas visé à l'article 1161, il se peut, en revanche, que chaque clause particulière du contrat soit claire, mais que leur juxtaposition soit source d'ambiguïté, d'incohérence, voire de contradiction²³⁴ ». D'autre part, les objets de traitement de ces deux directives sont différents. L'article 1158 vise la relation entre les termes contractuels et l'opération d'ensemble contractuelle ; or, l'article 1161 souligne la cohérence entre les clauses des contrats.

Par rapport à l'article 1158 qui consacre le principe de respecter la logique externe de l'acte, la nature et le type de contrat, M. Trofimoff pense que l'article 1161 concerne le respect de la logique interne, la portée de chaque clause²³⁵. Cette observation est contestable. En effet, l'article 1158 souligne la conformité de l'interprétation des termes avec la matière du contrat. La matière du contrat comporte la substance et le contenu du contrat, qui incarnent sans doute la logique interne du rapport contractuel. Le respect de la logique interne, ou dit de la cohérence interne du contrat, est justement le point commun de ces deux directives d'interprétation.

Comparant les diverses expressions du Code civil, de Pothier et de Domat, l'on constate que les juristes postérieurs mélangent effectivement le sens des règles exprimées par les uns et les autres auteurs, afin d'enrichir le plus possible le contenu de l'article 1161. Selon Domat, « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de toute la suite de l'acte entier, et même de ce qui est énoncé dans les préambules²³⁶ ». Si l'on suit cette règle, l'interprétation du contrat ne se limite pas aux clauses contractuelles elles-mêmes. Elle vise aussi les parties subsidiaires du contrat, par exemple les préambules, voire tous les documents concernant la conclusion du contrat dont les protocoles, les pourparlers, etc. Pothier semble réduire le contenu de la règle rédigée par Domat. Il préconise que « l'on doit interpréter une clause par les autres clauses contenues dans l'acte, soit qu'elles précèdent, ou qu'elles suivent²³⁷ ». Supprimant l'expression

²³⁴ Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, analyse sur l'article 1161. Voir aussi, C. MARRAUDE, *La notion de la dénaturation en droit privé français*, Préf. P. LGARDE, éd. P.U. Grenoble, 1974, n° 50, p. 14.

²³⁵ H. TROFIMOFF, *art. Op. cit.*, p. 206.

²³⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, op. cit.*, la troisième règle.

²³⁷ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.*, n° 96.

« sens qui résulte de toute la suite de l'acte entier », Pothier ne souligne que l'interprétation réciproque entre les clauses différentes d'un acte, en ignorant son contexte. Cette règle ne convient pas du tout à la compréhension contemporaine de l'article 1161. Les rédacteurs du Code civil s'inspirent, sur ce point, préférablement de la doctrine de Domat. Cependant, ils suppriment l'expression originelle orientant l'interprétation au contexte du contrat. Le motif de ce choix législatif n'a pas été exprimé. Première hypothèse, les rédacteurs du Code civil pensent que l'expression dernière de Domat n'est pas utile, car l'expression précédente « de l'acte entier » est suffisamment claire pour conduire une recherche du sens dans tout le contexte du contrat. Cette explication n'est pas convaincante. Deuxième hypothèse : les rédacteurs ne pensent pas qu'il soit nécessaire d'étendre l'interprétation d'une clause au contexte de l'acte. Si cela est vrai, le motif surprend les juristes d'aujourd'hui, car, en l'occurrence, le concept retenu par les rédacteurs contredit complètement le concept contemporain.

D. Articles 1159, 1160 et 1135 du Code civil

Les rédacteurs du Code civil, inspirés par le travail de Pothier²³⁸, ont affirmé, dans la section intitulée « De l'interprétation des conventions », deux directives auxquelles ils ont recours à l'usage pour interpréter le contenu du contrat. L'article 1159 dispose que « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ». Selon l'article 1160, « on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». La différence entre eux semble être évidente. L'article 1159 cherche à éclairer un certain élément ambigu du contrat ; or, l'article 1160 consiste à combler les lacunes du contrat.

Cette distinction provoque un autre débat relatif à la voie de l'interprétation. M. J. Dupichot définit l'article 1159 comme une interprétation subjective, car, selon lui, celle-ci « vise à élucider une volonté exprimée de manière équivoque ; elle ne pallie point une absence totale de déclaration de volonté à l'instar de la règle édictée par

²³⁸ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 94, indiquant que « ce qui peut paraître ambigu dans un contrat s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays » ; n° 95, proposant que « l'usage est d'une si grande autorité pour l'interprétation des conventions qu'on sous-entend dans un contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles ne soient pas exprimées ».

l'article 1160²³⁹ ». Cette observation n'est cependant pas convaincante. En effet, l'absence totale de déclaration de volonté n'implique pas l'absence totale de volonté²⁴⁰. L'article 1160 ne peut pas écarter l'existence d'une volonté implicite des parties, qui correspond effectivement à l'usage. Selon l'expression originelle de la cinquième règle de Pothier, « l'usage est d'une si grande autorité pour l'interprétation des conventions qu'on sous-entend dans un contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles ne soient pas exprimées ». Clairement, Pothier a qualifié l'usage comme ce que l'on sous-entend dans un contrat. Il n'a pas besoin d'une déclaration explicite des parties, car, comme l'indique M. J. Boré, « l'usage représente, à défaut d'une volonté individuelle, la norme communément acceptée par la volonté du plus grand nombre, à laquelle les parties peuvent être présumées s'être référées²⁴¹ ». Pour une entière conviction, nous lisons la règle de Domat, qui prévoit que « si l'intention commune des parties ne se découvre pas par l'expression, et qu'on puisse l'interpréter par quelque usage des lieux, ou des personnes qui ont fait la convention, ou par d'autres voies, il faut s'en tenir à ce qui sera le plus vraisemblable, selon ces vues²⁴² ». Cette règle comprend, en effet, les significations des deux règles d'interprétation de Pothier précitées. Domat a clairement exprimé que la référence à l'usage, quels que soient les lieux ou les personnes, consiste à découvrir la commune intention des parties, au minimum celle la plus vraisemblable.

Malheureusement, les rédacteurs du Code civil n'ont pas complètement copié les expressions de Domat ni de Pothier. Ils ont simplement souligné la fonction supplétive de l'usage dans le texte de l'article 1160, en dissipant littéralement le lien logique entre l'usage et l'intention commune des parties. Comme le motif du législateur n'est pas clairement montré dans cette directive, une interprétation objective du contrat paraît toutefois possible, au moins au sens littéral du texte.

Il faut s'arrêter sur l'article 1135 du Code civil, car cette règle affirme la force obligatoire de l'usage sur les contractants, en indiquant que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Dans cette règle légale, l'usage est au rang de la loi et de l'équité, à l'extérieur de la volonté des

²³⁹ J. DUPICHOT, *art. préc.*, n° 9, p. 188.

²⁴⁰ Pour voir une même opinion, Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, *op. cit.*, n° 139, p. 261.

²⁴¹ J. BORÉ, *Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes*, *RTD civ.* 1972, p.304, n° 117.

contractants, explicite ou implicite. Cela signifie ici que les comportements des parties doivent correspondre à l'exigence d'usage dont l'intérêt général de la société a la primauté sur l'intérêt personnel poursuivi par la commune intention des parties. Même si la parenté entre les articles 1160 et 1135 est bien constatée par la majorité de la doctrine²⁴³, le dernier ne se trouve pas dans la section intitulée « De l'interprétation des conventions » du Code civil. L'article 1135 est-il alors une directive d'interprétation des conventions ? Analysant la structure textuelle du Code civil, l'article 1135 est, en tant que disposition générale, fixé dans la première section du chapitre III intitulé « De l'effets des obligations », dont la section (V) de l'interprétation des conventions. Sous le même chapitre, l'article 1135 est logiquement considéré comme une disposition générale applicable à l'interprétation des contrats par de nombreux auteurs²⁴⁴.

En effet, Domat a clairement fixé une règle, référence directe de l'article 1135, dans ses règles d'interprétation des conventions²⁴⁵. Elle dispose que « les conventions obligent, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que demande la nature de la convention, et à toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré ; de sorte qu'on peut distinguer trois sortes d'engagements dans les conventions : ceux qui sont exprimés, ceux qui sont des suites naturelles des conventions, et ceux qui sont réglés par quelque loi ou quelque coutume(...) ». Cela peut justifier, qu'en premier lieu, la fonction interprétative de l'article 1135 correspond à l'idée de Domat dans la construction des règles d'interprétation des conventions ; en second lieu, l'usage est défini comme ce qui a, comme la loi ou la coutume, un effet impératif aux parties contractantes. Cela

²⁴² J. DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, *op. cit.*, la deuxième règle.

²⁴³ Voir par ex.: J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M.BILLIAU, *Droit civil : les effets du contrat*, éd. L.G.D.J. 2001, n° 9, indiquant que « parenté certaine entre les articles 1160 et 1135 du Code civil » ; voir aussi, V. MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence..., t. IV, 6^e éd., par P. Pont, 1866, n° 470 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Obligations contrats spéciaux, sûretés réelles*, 2^e éd. LGDJ, revue et complétée par G. Ripert, 1947, n° 451 ; D. LARDEUX, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1999, éd. PU Septentrion, 2001, n° 433 ; Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, analyse sur les articles 1159 et 1160, disant que « dans la mesure où l'article 1159 et, plus directement encore, l'article 1160 permettent de combler les lacunes du contrat au moyen des usages, la parenté est évidente entre ces textes et l'article 1135 ».

²⁴⁴ Voir A. WEILL et Fr. TERRÉ, *Droit civil : Les obligations, op. cit.*, n°362, p. 363-364 ; B. STARCK, L. BOYER et H. ROLAND, *Droit civil : Obligations*, t. II, *Contrat*, 5^e éd. Litec, 1993, n° 165, p. 67 ; H. L. et J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçon de droit civil*, t. II, *Obligations : théorie générale*, 9^e éd. Montchrestien, 1998, n° 340 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil : Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 405 ; M.-H. Maleville, *Pratique de l'interprétation des contrats : étude jurisprudentielle, op. cit.*, n° 464, p. 239 ; J. ROCHFELD, *Cause et type du contrat, op. cit.*, n° 363, p. 329-330.

²⁴⁵ Voir J. DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, *op. cit.*, la dix-huitième règle.

implique que **l'interprétation du contrat vise non seulement la commune intention des parties, explicite ou implicite, mais aussi les engagements imposés par la loi, l'usage et l'équité.**

En ce qui concerne la précision de l'usage, l'article 1159 limite la référence à l'usage « dans le pays où le contrat est passé », c'est-à-dire l'usage du lieu de la conclusion du contrat. Cette précision subit en permanence la critique de la doctrine. Comme l'indique M. Simler, « le lieu de conclusion du contrat n'est pas plus significatif qu'un autre, tel que celui de l'exécution, ou encore que la nationalité des parties²⁴⁶ ». Or, ni Domat ni Pothier n'ont donné une indication concrète pour l'usage. L'exemple²⁴⁷ posé par Pothier justifie plutôt la légitimité de référer l'usage du lieu d'exécution du contrat. Il serait préférable de laisser une certaine souplesse pour l'interprétation du sens concret de l'usage.

E. Article 1162 du Code civil

Étant une directive d'interprétation du contrat classique qui correspond, cependant, parfaitement à la tendance contemporaine de développement du droit privé, l'article 1162 du Code civil prévoit que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Cette directive est simplement interprétée par la doctrine classique comme la faveur au débiteur²⁴⁸, car un adage disait que « *dubia in meliorem partem interpretari debent* » (les clauses douteuses doivent s'interpréter dans le sens le plus favorable au débiteur)²⁴⁹. Comme le relèvent certains auteurs, « dans la terminologie romaine, en effet, le stipulant est le créancier, le promettant ou contractant, le débiteur²⁵⁰ ». En outre, en tant que texte de référence de l'article 1162 du Code civil, à la sixième règle d'interprétation dictée par Pothier était adjointe une explication

²⁴⁶ Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, analyse sur les articles 1159 et 1160.

²⁴⁷ Voir, R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.*, n° 94.

²⁴⁸ Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22^e éd. Puf, 2000, n° 142, p. 279 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* n° 396, p. ; J. BORÉ, *art. préc.*, n° 117 ; H. TROFIMOFF, *art. op. cit.*, p. 206.

²⁴⁹ H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, t. II, adages A à L, éd. Hermès, p. 239.

²⁵⁰ Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, analyse sur les articles 1162 ; voir aussi, Y. PACLOT, *thèse, op. cit.*, n° 250, p. 235.

supplémentaire, qui emploie aussi le terme « créancier »²⁵¹ pour représenter « celui qui a stipulé quelque chose²⁵² ».

Le concept de faveur au débiteur apparaît également dans les autres dispositions du Code civil²⁵³. L'article 1187, concernant les obligations à terme, prévoit que « le terme est toujours présumé stipulé en faveur au débiteur, (...) ». L'article 1190, concernant les obligations alternatives, dispose que « le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier ». Or, l'article 1315²⁵⁴ est aussi considéré comme une faveur au débiteur, parce que cette règle de preuve impose au demandeur, créancier en général, de prouver l'existence d'une obligation de la part du défendeur, débiteur du contrat.

Cependant, en pratique, le créancier n'est pas toujours le stipulant des contrats. En revanche, il est possible que le débiteur dicte le texte contractuel. Il ne semble pas que Domat, Pothier ou les rédacteurs du Code civil aient ignoré cette éventualité. Ni le texte de l'article 1162, ni les règles elles-mêmes dictées par Domat et Pothier n'ont pas directement employé les termes « créancier » ou « débiteur »²⁵⁵.

En effet, analyser minutieusement l'expression des textes concernés nous permet d'entendre des enseignements importants. Domat énonçait, par sa sixième règle d'interprétation des conventions, que « les obscurités et les incertitudes des clauses qui obligent s'interprètent en faveur de celui qui est obligé, et il faut restreindre l'obligation au sens qui la diminue ; car celui qui s'oblige ne veut que le moins, et l'autre a dû faire expliquer clairement ce qu'il prétendait. Mais si d'autres règles veulent qu'on interprète contre celui qui est obligé, comme dans le cas de l'article suivant, on étend l'obligation selon les circonstances ; et en général, quand l'engagement est assez étendu, on ne doit ni l'étendre ni le restreindre au préjudice de l'un pour favoriser l'autre²⁵⁶ ». Alors, selon la septième règle d'interprétation de Domat, « si l'obscurité, l'ambiguïté, ou tout autre vice d'une expression, est un effet

²⁵¹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 97, pour donner la raison de la sixième règle d'interprétation, énonçant que « le créancier doit s'imputer de ne s'être pas mieux expliqué ».

²⁵² *Eod. loc.*

²⁵³ Voir J. LOPEZ SANTA MARIA, *thèse*, *op. cit.*, p. 72 ; Ph. SIMLER, *JCL Civil Code*, art. 1156 à 1164, *op. cit.*, analyse sur les articles 1162, n° 55.

²⁵⁴ Art. 1315, al. 1 du C. civ., disposant que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

²⁵⁵ L'utilisation du terme « créancier » dans l'explication supplémentaire de la règle de Pothier implique, peut-être seulement, l'illustration d'un cas concret.

²⁵⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, *op. cit.*, la sixième règle.

de la mauvaise foi, ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui, parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il entendait ; ainsi, lorsqu'un vendeur se sert d'une expression équivoque sur les qualités de la chose vendue, l'explication s'en fait contre lui²⁵⁷ ».

Le texte de Domat manifeste assez clairement une conception d'équité entre les parties contractantes. En considérant la situation d'infériorité du contractant qui est obligé, par rapport à son partenaire monopolisant la rédaction du contrat, ce dernier est imposé d'un devoir d'expliquer clairement ce qu'il prétendait. À défaut, la clause litigieuse est interprétée dans un sens contre lui. Cette logique a été confirmée par Pothier, qui a constaté la sanction d'interprétation désavantageuse en cas d'exécution imparfaite de cette obligation d'explication²⁵⁸. En revanche, Domat a bien considéré la pluralité des circonstances contractuelles, en donnant une exception aux cas particuliers réglés par d'autres dispositions légales, à condition de ne pas entraîner de préjudice injuste pour chacune des parties. Autrement dit, chez Domat, la faveur au débiteur n'est pas absolue, et l'esprit de la règle repose sur l'équité et la justice.

Or, la septième règle d'interprétation de Domat traduit la diversité du devoir d'expliquer clairement la clause contractuelle. Précisément, cette obligation est non seulement imposée au créancier monopolisant la rédaction du contrat, mais également à tous les contractants qui doivent, selon l'exigence de l'ordre public, expliquer leur intention. Un exemple typique est souligné par Domat. Si le vendeur n'a pas, de bonne foi, exécuté son obligation d'expliquer clairement les qualités de la chose vendue, il envisage une interprétation désavantageuse de la clause litigieuse, même s'il ne monopolise pas la rédaction du contrat de vente. On peut trouver l'esprit de cette règle d'interprétation dans l'article 1602 du Code civil. Selon cette disposition légale, « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige » (alinéa 1) ; « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur » (alinéa 2).

L'expression simplifiée de l'article 1162 du Code civil provoque un autre débat : cette directive d'interprétation vise-t-elle seulement les contrats unilatéraux²⁵⁹ ? Car l'expression littérale de cette directive montre un déséquilibre entre les pouvoirs et

²⁵⁷ *Ibid.*, la septième règle.

²⁵⁸ *Supra.* note n° 251.

²⁵⁹ Voir J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, Les obligations, *op. cit.*, n° 143, p. 279 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.*, p. 239 ; Y. PACLOT, *thèse*, *op. cit.*, p. 236 ; Ph. SIMLER, *JCL Civil Code*, art. 1156 à 1164, *op. cit.*, n° 56.

les obligations des deux parties. Une des parties possède non seulement le pouvoir exclusif de stipuler la loi contractuelle, mais encore la créance devant son partenaire. Or, l'autre partie ne peut qu'obéir à la disposition de la première et qu'exécuter ses obligations contractuelles. Ces caractéristiques sont suffisantes pour qualifier ce genre de relation contractuelle comme contrat unilatéral.

Cependant, Pothier a montré un exemple de convention de louage, c'est-à-dire de contrat synallagmatique. Dans cet exemple, un bail à ferme lie deux parties. En raison de l'imprécision de l'obligation de délivrance de la part du fermier, la clause litigieuse doit être interprétée pour le fermier et contre le bailleur. Évidemment, Pothier n'a pas considéré les conventions visées par sa septième règle d'interprétation comme un contrat unilatéral. Quant à Domat, dans sa sixième règle d'interprétation, il a bien indiqué que la charge de l'obligation d'expliquer clairement l'intention est relativement variable entre les parties. Précisément, cette obligation est déterminée au regard des circonstances concrètes. Selon Domat, le contrat de vente, en tant que contrat synallagmatique, impose en effet au vendeur d'expliquer la qualité de la chose vendue qu'il s'engage à donner à l'acheteur. Donc, dans le sens classique, la règle d'interprétation en faveur d'une des parties ne s'applique pas seulement aux contrats unilatéraux.

Pour légitimer l'application de l'article 1162 aux contrats synallagmatiques, M. Simler préconise qu'« il faut alors infléchir le fondement de la règle et écarter l'idée d'infériorité systématique d'une partie par rapport à l'autre²⁶⁰ ». Il propose un nouveau critère pour apprécier la charge de la responsabilité de l'ambiguïté ou de l'obscurité de la clause contractuelle : que « la responsabilité principale en incombe à leur bénéficiaire²⁶¹ ». En pratique, ce critère peut aisément provoquer un risque moral, car si le stipulant dicte intentionnellement une clause ambiguë, par laquelle son cocontractant pourrait en bénéficier, l'application de la règle d'interprétation désavantageuse donnera le préjudice injuste au dernier.

En fait, la doctrine de Domat repose sur une appréciation minutieuse d'équité dans la relation contractuelle. L'application de la règle d'interprétation désavantageuse dépend, avant tout, de la détermination du devoir d'expliquer

²⁶⁰ Ph. SIMLER, *eod. loc.*, n° 57.

clairement la clause contractuelle litigieuse entre les parties. Or, cette opération de détermination est effectivement conditionnée par les diverses circonstances des conventions. D'une part, les statuts de créancier et de débiteur sont relatifs, notamment dans un contrat synallagmatique. Le vendeur est le débiteur de l'acheteur avant l'achèvement de son obligation de délivrance ; l'acheteur est également le débiteur du vendeur avant le paiement du prix de l'objet. Alors, lorsqu'une des parties exécute une obligation stipulée par son partenaire, ce dernier est tenu de lui expliquer clairement cette stipulation avant la conclusion du contrat. En cas d'ambiguïté ou d'obscurité, cette clause est interprétée contre le stipulant. Ici, le lien strict entre l'obligation contractuelle tenue par une partie et la stipulation unilatérale, par l'autre, constitue la condition essentielle de la détermination du devoir d'explication. Or, ce lien apparaît également dans les contrats synallagmatiques. D'autre part, le devoir d'explication dans la relation contractuelle n'est pas uniquement issu de la monopolisation du pouvoir de stipuler un certain contenu contractuel. En effet, l'état d'infériorité ou de faiblesse d'une des parties, surtout en matière de connaissance des informations importantes liées à son consentement au contrat, conduit le juge à interpréter les clauses litigieuses en sa faveur. Par exemple, dans la vente, le vendeur est légalement tenu d'un devoir d'expliquer clairement la qualité de la chose, même s'il ne monopolise pas la rédaction du contrat de vente.

Dépassant la conception d'un contrat unilatéral, l'article 1162 du Code civil envisage un univers contractuel large. Cette directive convient parfaitement à la théorie des contrats d'adhésion²⁶² et à leur pratique judiciaire²⁶³. Selon cette théorie, malgré la distinction entre le créancier et le débiteur, la clause litigieuse doit être interprétée en faveur de l'adhérent, mais contre le rédacteur du contrat. Le modèle le

²⁶¹ *Eod. loc.*

²⁶² Voir M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 373 ; J. DUPICHOT, *art. préc.*, n° 23, p. 201-202 ; M.-H. MALVILLE, *op. cit.*, n° 493 et s. ; Y. PACLOT, *thèse, op. cit.*, p. 236 ; Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, n° 58.

²⁶³ Voir par ex. : Cass. req., 16 déc. 1895, *S.* 1899, 1, p. 387 ; Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, *Bull. civ.* 1974, I, n°271. ; CA Paris, 5 mai 1896, *DP* 1896, 2, p. 414 ; CA Lyon, 22 déc. 1901, *DP* 1903, 2, p. 306 ; CA Aix-en-Provence, 6 avr. 1960, *D.* 1960, p. 343 ; CA Colmar, 25 janv. 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 1, p. 277 ; CA Reims, 6 janv. 1988, *JurisData* n° 1988-045033 ; CA Paris, 27 nov. 1991, *D.* 1992, p. 69 ; CA Paris, 17 oct. 2000, *JurisData* n°2000-132278 ; CA Aix-en-Provence, 8 nov. 2000, *JurisData* n° 2000-131860 ; CA Aix-en-Provence, 9 mars 1989, *JurisData* n° 1989-043969 ; CA Chambéry, 16 oct. 1989, *JurisData* n° 1989-051996 ; CA Nancy, 5 juin 2000, *JurisData* n° 2000-122313 ; CA Paris, 3 mars 1989, *JurisData* n° 1989-020972 ; CA Paris, 27 nov. 2003, *JurisData* n° 2003-234352.

plus connu est en droit de la consommation. À partir de 1995²⁶⁴, l'article L. 133-2 du Code de la consommation affirme officiellement que « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible » (alinéa1) ; et « elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel (...) » (alinéa 2). En effet, cette règle du droit spécial s'inspire non seulement du sens de l'article 1162, mais encore renforce le devoir du stipulant du contrat. Précisément, le professionnel est tenu d'un devoir de rédiger un contrat clair et compréhensible devant les consommateurs et les contractants non-professionnels. À défaut, la clause litigieuse sera interprétée contre lui, même si cette clause ne vise que l'obligation du professionnel lui-même.

F. Articles 1163 et 1164 du Code civil

Étant unanimement considérés comme une directive d'interprétation subjective et subalterne, les articles 1163 et 1164 du Code civil privilégient, encore une fois, la volonté réelle des parties sur les expressions de celle-ci, trop générales ou trop particulières, dans les contrats. Selon l'article 1163, « quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter ». À l'inverse, l'article 1164 s'inscrit dans l'hypothèse d'une circonstance contraire, en disposant que « lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés ».

Ces deux directives d'interprétation cherchent à traiter le litige provoqué par l'imprécision des stipulations contractuelles. À l'article 1163, l'emploi des termes généraux obscurcit les obligations réellement convenues par les parties. À l'article 1164, une circonstance prévue par les parties met en doute l'étendue d'une obligation contractuelle. Selon la doctrine dominante, la seule solution semble être la recherche de la commune intention réelle des parties. L'indication des règles classiques est très

²⁶⁴ La loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 a réformé le Code français de la consommation pour transposer la directive CEE n° 93-13 du 5 avril 1993. L'article 5 de la dernière dispose qu'« en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut ».

claire. Selon Domat, « toutes les clauses de conventions ont leur sens borné au sujet dont on y traite, et ne doivent pas être étendues à des choses auxquelles on n'a pas pensé²⁶⁵ ». Autrement dit, il faut savoir ce que les parties ont pensé lors de la conclusion du contrat. Chez Pothier, envisageant les termes généraux d'une convention, il a non seulement limité l'étendue de l'effet des termes aux choses liées strictement à la conclusion du contrat concerné, mais également écarté « celles auxquelles [les parties] n'ont pas pensé »²⁶⁶. La dixième règle d'interprétation de Pothier²⁶⁷ est quasi totalement inspirée par l'article 1164 du Code civil. Cette règle écarte une présomption de la commune intention des parties qui tend à restreindre l'étendue d'un engagement contractuel à l'illustration d'un cas concret. La doctrine considère donc que l'article 1164 repose aussi, comme l'article 1163, sur la recherche de la volonté réelle des parties.

Cependant, le texte littéral de l'article 1164, ou dit de la dixième règle de Pothier, ne consacre pas la nécessité d'une recherche psychologique des parties en cette circonstance. Bien au contraire, le refus de la présomption de volonté implique que le législateur interdit une interprétation subjective divinatoire. Or, l'étendue de l'engagement litigieux peut être aisément déterminée par la nature du contrat ou par l'usage relatif à cette catégorie des contrats. L'expression, ce que « l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés », utilise le terme « de droit » qui signifie « sans faveur spéciale » ou « sans avoir à fournir une justification »²⁶⁸. Autrement dit, la détermination de l'étendue de l'engagement litigieux repose sur une compréhension normale de la clause contractuelle, sans recours à la recherche de la volonté réelle des parties.

L'exemple d'explication donné par Pothier²⁶⁹ justifie cette analyse. Dans un contrat de mariage, les parties stipulent que « les futurs époux seront en communauté de biens, dans laquelle communauté entrera le mobilier des successions qui leur écherront ». Pothier a pensé que « cette clause n'empêche pas que toutes les autres choses qui de droit commun entrent dans la communauté conjugale n'y entrent, parce

²⁶⁵ J. DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, *op. cit.*, la quatorzième règle.

²⁶⁶ Voir R.-J. POTHIER, Traité des obligations, *op. cit.*, n° 98.

²⁶⁷ *Ibid.*, n° 100. Cette règle d'interprétation dispose que « lorsque dans un contrat on a exprimé un cas, pour le doute qu'il aurait pu y avoir, si l'engagement qui résulte du contrat s'étendait à ce cas, on n'est pas censé par là avoir voulu restreindre l'étendue que cet engagement a, de droit, à tous ceux qui ne sont pas exprimés ».

²⁶⁸ Dictionnaire français Larousse, terme « de droit ».

²⁶⁹ Voir R.-J. POTHIER, Traité des obligations, *op. cit.*, n° 100.

qu'elle n'est ajoutée que pour lever le doute que les parties peu instruites ont cru qu'il pourrait y avoir, si le mobilier des successions y devait entrer²⁷⁰ ». Cet exemple montre que le sens de la clause concernée est déterminé par la nature du contrat de mariage ou par l'usage de la communauté de biens issue du mariage, plutôt que par une recherche de la volonté réelle des parties.

En outre, l'article 1163 ne peut pas, en pratique, écarter une interprétation objective éventuelle au contrat. Lorsque la volonté réelle des parties n'a pas été clairement exprimée dans tous les documents contractuels, le recours à la matière du contrat ou à la nature du contrat paraît plus sage et efficace pour entendre ce que les contractants ont réellement pensé. En effet, le texte de l'article 1163 ne refuse absolument pas l'exercice d'une interprétation plutôt objective.

En ce qui concerne la fonction de l'article 1163, comme l'indique M. J. Dupichot, cette directive d'interprétation « semble avoir plutôt vocation à s'appliquer à des contrats standardisés qu'à des contrats de gré-à-gré²⁷¹ », parce que les premiers comportent souvent « des clauses de style », « des formulaires préimprimés » et « des clauses < pensées > par l'une des parties mais qui n'ont guère été portées à la connaissance du cocontractant »²⁷². En effet, c'est encore dans l'hypothèse d'un contrat d'adhésion dont les clauses pré-rédigées n'ont pas été négociées par les parties. L'application de l'article 1163 a le mérite de restreindre l'abus du stipulant contractant dans la rédaction du texte au contenu connu par son partenaire.

Cette compréhension contemporaine peut également trouver, comme corollaire de l'article 1163, le support des autres règles du Code civil. Par exemple, l'article 2292 du Code civil dispose que « le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ». L'alinéa 1 de l'article 1202 prévoit que « la solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée ». Encore, selon l'article 1273, « la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte ».

²⁷⁰ *Eod. loc.*

²⁷¹ J. DUPICHOT, *art. op. cit.*, n° 12, p. 192.

²⁷² *Ibid.*, n° 12, p. 191.

M. Dupichot pense donc que l'article 1163 « se fonde théoriquement sur l'individualisme (l'autonomie de la volonté) mais elle se nourrit de l'esprit socialiste en ce sens qu'il est tentant (en équité) d'affranchir la partie la plus faible économiquement (...)»²⁷³. Évidemment, la fonction de l'article 1163 a eu une extension considérable dans divers domaines contractuels. Dans le rééquilibrage contemporain des contrats, cette directive dépasse déjà une conception subjective d'interprétation du contrat.

Après la recherche du sens des directives classiques d'interprétation des contrats, il est nécessaire d'analyser leur esprit législatif afin d'obtenir une indication claire pour la pratique judiciaire.

§ 2. Commentaire sur l'esprit législatif des règles d'interprétation du contrat

La recherche de l'esprit législatif des directives d'interprétation du contrat concerne deux questions principales, mais très controversées : d'une part, la définition de la règle d'interprétation du contrat et sa nature juridique (A) ; d'autre part, la hiérarchie et l'ordre des règles d'interprétation du contrat (B).

A. Définition et nature juridique de la règle d'interprétation du contrat

Les règles d'interprétation du contrat ont pour but d'orienter le juge à éclairer le contenu du contrat, c'est-à-dire les droits et les obligations des parties. Cette définition est neutre. Elle ne risque d'être critiquée ni par la doctrine volontariste, ni par celle anti-volontariste. En effet, la définition de la règle d'interprétation du contrat repose sur la compréhension de l'interprétation du contrat. Selon une vision volontariste²⁷⁴, « est règle d'interprétation une disposition qui tend à donner un sens à

²⁷³ *Ibid.*, n° 12, p. 192.

²⁷⁴ Sur la doctrine classique volontariste, voir G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, éd. Rousseau, Paris, 1905, 3^e partie, ch. 1 « Exposé de la doctrine classique », p. 294 et 325.

la volonté commune des parties à un accord²⁷⁵ ». Or, le courant réaliste, en droit²⁷⁶, a dégagé l'interprétation du contrat d'une conception absolument subjective, selon laquelle la recherche de la volonté des parties est le seul moyen d'éclairer le contenu du contrat. Le caractère ambivalent de la démarche de l'interprétation du contrat est unanimement affirmé par la majorité de la doctrine contemporaine du droit²⁷⁷. Comme l'indique MM. J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, « d'une part, [l'interprétation du contrat] est une opération destinée à retrouver le sens qui préexiste, (...) ; d'autre part, l'interprétation a pour fonction d'élaborer une solution juridique appropriée compte tenu des besoins et des intérêts à satisfaire, (...)»²⁷⁸ ». Selon cette doctrine, les règles d'interprétation du contrat comportent non seulement les directives d'interprétation subjective, mais aussi celles d'interprétation objective.

En fait, la définition volontariste de la règle d'interprétation du contrat correspond difficilement au texte légal relatif à l'interprétation des contrats. Dans le Code civil, la caractéristique multiple des directives d'interprétation des conventions reflète un esprit législatif distinct de la conception pure de l'autonomie de la volonté.

Pour établir une définition volontariste, les auteurs cherchent à interpréter et à réorienter, selon un critère unique de recherche de la commune intention des parties, les articles 1156 à 1164 du Code civil. Comme l'analyse M. Ph. Jacques, le sens que les règles d'interprétation donnent à la commune intention des parties est « sinon réel, du moins très vraisemblable (article 1156), probable (articles 1157 et 1158), possible (articles 1159 et 1160) ou simplement raisonnable (articles 1161, 1163 et 1164)²⁷⁹ ». Quant à l'article 1162, qui manque de lien avec la recherche de la commune intention des parties, cet auteur l'écarte, simplement et audacieusement, des règles d'interprétation des contrats, en indiquant qu'« il n'est plus question d'interprétation²⁸⁰ ». Si ce point de vue constitue, en effet, une critique aux rédacteurs

²⁷⁵ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, *op. cit.*, n° 137, p. 258. En fait, cet auteur n'est pas volontariste. Il distingue l'interprétation de la volonté de la détermination de l'effet contractuel. Cependant, sa vision sur l'interprétation du contrat s'inscrit dans la doctrine volontariste. Voir aussi C. GRIMALDI, *Paradoxes autour de l'interprétation des contrats*, *RDC* 2008, p. 217, indiquant qu'« une règle d'interprétation d'un contrat est une règle qui permet de donner un sens à un contrat et qui, en principe, vise à établir la commune intention des parties ».

²⁷⁶ Cf., Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, éd. Sirey, 2 vol., Paris, 1899 ; G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, éd. Rousseau, Paris, 1905 ; P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation judiciaire*, éd. Félix Alcan, Paris, 1907 ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, éd. Rousseau, Paris, 1912, spéc. p. 212.

²⁷⁷ *Supra*. Première partie, Titre I, Ch. II, Section 1, l'ambivalence de l'interprétation du contrat.

²⁷⁸ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Droit civil : les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 9, p. 16.

²⁷⁹ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, *op. cit.*, n° 137, p. 258.

²⁸⁰ *Eod. loc.*

du Code civil et une proposition de révision du texte légal, l'article 1135 doit, selon cet auteur, rester à l'extérieur des règles d'interprétation des contrats, puisqu'il « ne partage pas le trait caractéristique » de ces règles²⁸¹.

M. C. Grimaldi poursuit la logique précitée et va plus loin qu'avant. Il refuse, sans surprise, d'accepter les articles 1135 et 1160 comme règles d'interprétation du contrat, en reprochant qu'ils ne permettent pas de dégager la commune intention des parties²⁸². En outre, il écarte non seulement les articles 1163 et 1164 de l'inventaire des règles d'interprétation, en indiquant qu'ils « n'ont pas pour fin la découverte de la volonté des parties mais de préciser les conséquences à en tirer²⁸³ », mais, étonnamment, il nie la qualité de règle d'interprétation de l'article 1156, en expliquant qu'« il ne participe pas à l'exercice de [l'interprétation des contrats] en ce qu'il n'en prescrit que la fin, non les moyens²⁸⁴ ».

La définition volontariste de la règle d'interprétation du contrat n'est pas convaincante. En premier lieu, les directives d'interprétation du Code civil ne semblent pas favoriser une interprétation divinatoire. La hiérarchie de la conformité à la volonté véritable des parties créée par M. Jacques, ce qui est réel, vraisemblable, probable, possible ou simplement raisonnable, paraît irréaliste. En effet, les articles 1158 et 1161 affirment la cohérence intrinsèque (entre un élément litigieux et la matière globale du contrat) et extrinsèque (entre un élément litigieux et la catégorie juridique préétablie) du contrat. La clarté des éléments litigieux ne dépend pas d'une présomption de probabilité d'avoir une certaine volonté. Les articles 1159 et 1160 font directement recours à l'usage lié avec la transaction convenue par les parties, critère extérieur distinct de la volonté interne des parties. L'article 1160 est qualifié par M. Grimaldi comme « règle de forçage des contrats²⁸⁵ », distincte de la règle d'interprétation. En revanche, malgré l'indifférence à la commune intention des parties, cet auteur considère l'article 1162 comme une règle d'interprétation, en expliquant que cet article « permet de donner [arbitrairement] sens à un contrat obscur ». Cette doctrine se contredit. Il semble que M. Grimaldi accepte enfin une définition pragmatique de la règle d'interprétation du contrat.

²⁸¹ *Eod. loc.*

²⁸² C. GRIMALDI, Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, *op. cit.*, p. 217-218.

²⁸³ *Eod. loc.*

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 217.

²⁸⁵ *Eod. loc.*

En deuxième lieu, même si le redressement des règles d'interprétation du contrat est aujourd'hui nécessaire, la conception volontariste devient difficilement le fondement idéologique de cette réforme. En effet, elle méconnaît à la fois l'esprit des articles 1156 à 1164 du Code civil et la réalité d'évolution contemporaine du droit des contrats. Le déplacement, ou la suppression, de certaines directives du bloc de règles d'interprétation du contrat semble violente et irréaliste. Une vraie réforme doit se fonder sur la compréhension assez parfaite des règles d'interprétation du contrat.

Malgré les inconvénients indiqués ci-dessus, la définition volontariste de la règle d'interprétation du contrat peut trouver son fondement juridique sur la jurisprudence. En effet, dans le traitement des litiges relatifs à l'interprétation des contrats, la juridiction française ne fait habituellement recours qu'à l'article 1134, alinéa 1, pour vérifier la conformité de la cause contestée avec la commune intention des parties. La Cour de cassation invoque seulement l'article 1134, alinéa 1, pour contrôler la dénaturation du contrat par les juges de fond. Or, les directives d'interprétation des conventions deviennent rarement le fondement des décisions du juge. Même si cette situation repose sur une cause spéciale²⁸⁶, la conception volontariste en bénéficie, car les caractéristiques diverses des directives d'interprétation du Code civil ne supportent pas une conception pure d'intention. En revanche, l'article 1134, alinéa 1, est symbole d'idéologie subjective du droit français des contrats.

En pratique judiciaire, il existe un phénomène incohérent : les directives d'interprétation des conventions dans le Code civil ne sont pas en général invoquées comme fondement direct du jugement relatif aux litiges d'interprétation du contrat. Comme l'indique M. Simler, « parmi les neuf textes, deux seulement ont connu une certaine fortune : l'article 1156, qui pose le principe de la recherche d'intentions, et l'article 1162, qui préconise que, dans le doute, la convention soit interprétée contre celui qui a stipulé. Les autres n'apparaissent que rarement dans les décisions²⁸⁷ ». Or, l'attitude de la Cour de cassation sur la juridicité des articles 1156 et 1162 paraît en général très réservée.

²⁸⁶ La jurisprudence a qualifié les articles 1156 à 1164 du Code civil comme des conseils donnés aux juges. Autrement dit, ces articles n'ont pas de caractère impératif pour les juges. Voir Cass. req., 18 mars 1807, S. 1807, 1, p. 361.

²⁸⁷ Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, n° 32.

L'article 1156 n'a été invoqué, comme fondement juridique direct, que dans quelques arrêts assez isolés. Le 20 janvier 1970, la haute juridiction française a cassé un arrêt rendu par le tribunal d'instance de Montpellier, en reprochant la violation de l'article 1156 selon lequel le juge doit rechercher la commune intention des parties, tant assuré qu'assureur²⁸⁸. Pour la première fois, cette directive d'interprétation du contrat est consacrée par la jurisprudence. Cette rénovation judiciaire a provoqué des appuis dans la doctrine²⁸⁹. Mais elle n'a pas finalement réussi à changer la tradition jurisprudentielle créée par l'arrêt du 18 mars 1807 précité. Malgré la confirmation de deux arrêts suivants²⁹⁰, la Cour de cassation est venue réaffirmer le refus de la juridicité de l'article 1156²⁹¹.

L'article 1162, règle d'interprétation d'équité, a également envisagé l'attitude inconstante de la jurisprudence. Malgré l'expulsion de l'effet impératif par l'arrêt de 1807 rendu par la Cour de cassation, l'article 1162 avait été employé pour traiter les litiges relatifs au contrat d'adhésion²⁹². Mais, à partir du 20 février 1975, la Chambre sociale de la Cour de cassation a réaffirmé que « la règle de l'article 1162 n'a aucun caractère impératif²⁹³ ».

L'attitude classique de la jurisprudence, qui ignore le rôle des directives d'interprétation du contrat, a enfin remporté sur les essais de juridicité des règles d'interprétation. La haute juridiction confirme très clairement : « les articles 1156 et suivants du Code civil formulent, pour l'interprétation des conventions, des règles qui ne présentent pas un caractère impératif et dont une éventuelle méconnaissance ne saurait, à elle seule, donner ouverture à cassation²⁹⁴ ». C'est la raison pour laquelle les directives d'interprétation ne sont pas considérées comme des règles de droit par la majorité de la doctrine.

Selon une définition généralement acceptée, la règle de droit désigne « toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle

²⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 20 janv. 1970, *Bull. civ.* 1970, I, n° 24, p. 20.

²⁸⁹ Voir spec. J. BORÉ, Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, *RTD civ.* 1972, p.249, n° 115.

²⁹⁰ Cass. com., 8 déc. 1987, *Bull. civ.*, IV, n° 262, qui rejette un pourvoi en raison d'une exacte application de l'article 1156; Cass. soc., 19 juil. 1988, *Bull. civ.*, IV, n° 475, qui vise les articles 1156 et suivants.

²⁹¹ Voir Cass. civ. 3^e, 10 juin 1970, *Bull. civ.*, III, n° 393, p. 284.

²⁹² Voir par ex.: Cass. req., 16 déc. 1895, *S.* 1899, I, p. 387 ; Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, *Bull. civ.* 1974, I, n°271.

²⁹³ Cass. soc., 20 fév. 1975, *D.* 1976, 142, note Y. SERRA.

générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.)²⁹⁵ ». L'absence du caractère impératif des directives d'interprétation du contrat contenues dans le Code civil implique qu'elles ne participent pas aux normes juridiquement obligatoires. La définition précitée peut trouver son fondement légal dans le Code civil. L'article 6 du Code civil dispose que « l'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Évidemment, le caractère impératif d'une règle de droit est issu de l'autorité de l'ordre public ou des bonnes mœurs.

N'étant pas qualifiées comme règles de droit, les directives d'interprétation du contrat indiquées ci-dessus, en tant que dispositions officielles, existent cependant dans le Code civil. Une question doit être posée : outre la règle de droit, y a-t-il encore d'autres règles juridiques dans un texte légal dicté par le législateur ? Selon Planiol, les lois comportent deux sortes : les lois impératives et les lois facultatives. Les premières sont obligatoires ; et les dernières sont également appelées lois interprétatives, qui peuvent être écartées par une convention privée entre les parties²⁹⁶. Duguit a amélioré l'observation de Planiol et a de nouveau divisé les dispositions de la loi en deux catégories : norme et construction juridique. Comme il l'a expliqué, les « normes sont toutes impératives ; d'après l'expression du Code, elles intéressent toutes l'ordre public ; elles sont des règles de droit, et toute règle de droit est un impératif, nul ne peut s'y soustraire²⁹⁷ ». Or, les règles constructives, en tant qu'ensemble des mesures instrumentales destinées à assurer l'application des normes, « ne sont établies qu'à titre facultatif, elles sont laissées à la disposition des particuliers qui peuvent en user ou non, et elles s'appliqueront si les particuliers n'ont pas exprimé une intention contraire²⁹⁸ ».

Comme les directives d'interprétation du contrat sont écartées dans les règles de droit, elles se sont automatiquement placées dans les règles constructives ou dites

²⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1979, *Bull. civ.*, I, n° 81, p. 66; voir aussi, Cass. com., 19 janv. 1981, *Bull. civ.*, IV, n°34, p. 25 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 466, *RTD civ.* 1996, p. 611, obs. J. MESTRE.

²⁹⁵ Assoc. Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous direction G. CORNU, *op. cit.*, terme « Règle ».

²⁹⁶ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *Principes généraux, Les personnes, Les biens*, revu et complété par G. RIPERT, avec le concours de J. BOULANGER, 2^e éd. LGDJ, 1943, n° 187.

²⁹⁷ L. DUGUIT, *Études de droit public, I, L'État, le droit objectif et la loi positive*, éd. Bibliothèque de l'Histoire du Droit et des Institutions, Paris, 1901, p. 567.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 568.

facultatives. Mais, la doctrine traditionnelle les qualifie comme règles supplétives²⁹⁹. Alors, comment définir la relation entre les règles facultatives et supplétives ? Selon l'observation précitée de Planiol, les règles facultatives n'ont qu'une valeur supplétive. Duguit a défini, dans son *Traité de droit constitutionnel*, les lois supplétives comme règles facultatives³⁰⁰. Cependant, cette uniformisation des notions ne convient pas au cas des directives d'interprétation du contrat contenues dans le Code civil. En effet, ces règles d'interprétation ne peuvent pas être déroguées par une convention particulière entre les parties³⁰¹. Comme l'indique M. C. Grimaldi, ces règles s'adressent exclusivement aux juges, mais non aux parties contractantes (sujets de droit)³⁰². La fonction supplétive de ces règles d'interprétation ne vise pas le défaut des clauses d'interprétation convenues par les contractants. Les parties n'ont pas non plus la faculté de sélectionner ces règles d'interprétation. En fait, l'application des règles d'interprétation du contrat n'est pas facultative, même pour les juges. Envisageant une règle d'interprétation qui convient parfaitement au cas de litige, le juge ne doit pas refuser de l'appliquer, même si sa méconnaissance ne provoque pas actuellement la cassation. En outre, la fonction supplétive des règles d'interprétation ne se manifeste pas dans une relation avec des normes extérieures. À l'inverse, il y a un rapport supplétif entre les règles d'interprétation elles-mêmes. L'article 1156 dispose aux juges le devoir primordial de rechercher la commune intention des parties. À défaut de volonté décelable, les articles 1157 à 1164 et l'article 1135, en tant que règles supplétives, servent à l'exercice interprétatif du juge³⁰³. Donc, il ne faut pas confondre les règles facultatives et supplétives. Les premières visent une relation horizontale entre les règles en concurrence ; les secondes expriment une relation verticale entre les règles en collaboration.

Voici une hypothèse audacieuse qui ne manque pas d'intérêt : les directives d'interprétation du contrat « sont de véritables règles de droit et la Cour de cassation

²⁹⁹ Voir, G. MARTY, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1949, t. V, éd. Dalloz, 1950, p. 91 ; J. DUPICHOT, *art. op. cit.*, n° 3, p. 182 ; B. MERCADAL, *L'ordre public dans l'interprétation des contrats*, *DPCI* 1980, p. 84 ; H. TROFIMOFF, *art. op. cit.*, p. 204 ; M.-H. MALVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, éd. LGDJ, 1995, p. 182-183.

³⁰⁰ Voir L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *La théorie générale de l'État, Élément, Fonctions et organes de l'État*, 3^e éd., E. de Brocard, , 1928, p. 165.

³⁰¹ Voir C. PÈRES-DOURDOU, *La règle supplétive*, Préf. G. VINEY, éd. LGDJ, 2004, n° 509, p. 485-486 ; C. GRIMALDI, *Paradoxes autour de l'interprétation des contrats*, *op. cit.*, n° 17, p. 219.

³⁰² C. GRIMALDI, *eod. loc.*

³⁰³ Même sens, voir J. DUPICHOT, *art. op. cit.*, n° 3, p. 181-182.

a tort³⁰⁴ ». Au moins, « la Cour de cassation doit changer sa position³⁰⁵ » et accepter le rôle réaliste des directives d'interprétation du contrat contenues dans le Code civil. En pratique judiciaire, le caractère impératif de l'article 1156 est souvent représenté par l'application de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil. Or, l'effet obligatoire de l'article 1160 est couvert par l'application de l'article 1135. Quant à l'article 1162, les juges ont par ce biais eu recours aux articles 1602 du Code civil ou L. 133-2 du Code de la consommation, qui sont tous qualifiés comme règles de droit³⁰⁶. Les articles 1161, 1163 et 1164 sont regardés comme un prolongement de l'article 1156 et dépendent logiquement de l'application de l'article 1134 ou d'autres règles de droit spécial³⁰⁷. Pour les articles 1157, 1158 et 1159, l'ambivalence du sens de ces règles provoque l'application alternative des articles 1134 et 1135.

Accepter le caractère obligatoire des règles d'interprétation du contrat n'implique pas que toutes les règles ont en même temps un effet impératif pour les juges. Il existe, en réalité, un ordre d'application parmi ces directives. Autrement dit, l'effet impératif de ces directives légales est conditionné par un ordre d'application prévu.

B. Ordre d'application des règles d'interprétation du contrat

Les directives d'interprétation du Code civil, qui ne sont pas qualifiées en tant que règles impératives par la jurisprudence, deviennent facultatives devant les juges. Autrement dit, elles peuvent être éventuellement référées par les juges dans « la libre recherche scientifique³⁰⁸ ». La doctrine traditionnelle ne pense pas que ces directives d'interprétation forment un ensemble cohérent et hiérarchique³⁰⁹. Certains auteurs

³⁰⁴ C. GRIMALDI, *art. op. cit.*, n° 18, p. 219.

³⁰⁵ C. GRIMALDI, *eod. loc.*

³⁰⁶ Cf., sur l'article 1602, voir Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, *Bull. civ.* 1993, I, n° 287; *JCP G* 1994, I, 3757, n° 6 s., obs. BILLIAU; Cass. civ. 1^{re}, avr. 1999, *Bull. civ.* 1999, I, n° 139; sur l'article L. 133-2 du Code de la consommation, voir Cass. civ. 1^{re}, 21 janv. 2003, *Bull. civ.* 2003, I, n° 19; *D.* 1993, p. 693, obs. AVENA-ROBARDET; Cass. civ. 2^e, 13 juill. 2006, *JurisData* n° 2006-034572, *Bull. civ.* 2006, II, n° 214; Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, *D.* 2008, p. 1547, obs. DELPECH, et comm. p. 1954, note D. MARTIN; *RDC* 2008/4, p. 1214, obs. BRUSCHI.

³⁰⁷ Voir Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, n°s 53, 65 et 66.

³⁰⁸ Voir Fr. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, t. 1, 2^e éd. LGDJ, Paris, 1932, n° 156.

³⁰⁹ Voir par ex. : J. GAUGUIER, De l'interprétation des actes juridiques, *op. cit.*, p. 112 et 126 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, vol. 2, 2^e éd. Durand Hachette, 1871, n° 23 ; J. BORÉ, Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, *op. cit.*,

considèrent que le contenu de ces directives est disparate, et que « plusieurs paraissent se contredire : ainsi pour les articles 1156 et 1162 ou encore pour les articles 1160 et 1163³¹⁰ ».

Pourtant, d'autres auteurs cherchent à justifier l'existence d'un ordre d'application parmi les directives d'interprétation du contrat. À partir de documents historiques, M. H. Trofimoff a fait une recherche approfondie sur les sources doctrinales des articles 1156 à 1164 du Code civil. Selon lui, un ordre d'application peut être justifié par une logique législative parmi ces articles. Précisément, les rédacteurs du Code civil reprennent les règles d'interprétation selon un ordre d'emploi originel issu du classement chronologique des rhéteurs stoïciens, regroupé et ordonné par les glossateurs³¹¹. Cet ordre d'emploi se soumet à la logique suivante : d'abord, la découverte de la volonté réelle des parties (article 1156) ; ensuite, le complément des critères rationnels (articles 1157 à 1161) ; en troisième lieu, le supplément de la conception d'équité (article 1162) ; enfin, l'application des critères grammaticaux (articles 1163 et 1164)³¹². En outre, l'article 1135 est considéré, par cet auteur, comme une méthode d'interprétation traitant de l'équité, et il est intégré également « dans un ordre croissant en importance avant l'usage puis la loi qui lui sont supérieurs³¹³ ». Après avoir examiné les travaux préparatoires du Code civil de 1804, cet auteur pense que « le respect de leur ordre, logique et non aléatoire, s'impose aux juges, même s'il n'est pas sanctionné³¹⁴ ». Il explique que « la règle suivante ne doit être utilisée que si la précédente est inapplicable, ou si son application n'aboutit pas à donner un sens satisfaisant à la clause obscure³¹⁵ », c'est-à-dire une application exclusive des unes et des autres, en indiquant qu'« une interversion des canons rhétoriques peut conduire à des conséquences diamétralement opposées quant au sens à donner à un contrat³¹⁶ ».

p.249, spéc. n° 117 ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 35 ; C. GRIMALDI, *art. op. cit.*, n° 20, p. 223 ; Ph. SIMLER, JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, *op. cit.*, n° 33.

³¹⁰ Ph. SIMLER, *eod. loc.* ; voir aussi, C. GRIMALDI, *art. op. cit.*, n° 19-2, p. 222-223.

³¹¹ H. TROFIMOFF, *art. op. cit.*, p. 203 et s.

³¹² *Ibid.*, p. 205-206.

³¹³ *Eod. loc.*

³¹⁴ *Ibid.*, n° 204.

³¹⁵ *Eod. loc.*

³¹⁶ *Eod. loc.*

La position doctrinale de M. Trofimoff n'est pas isolée. Elle a évidemment inspiré le point de vue de M. Jacques sur les règles d'interprétation. Ce dernier a considéré les directives d'interprétation du Code civil comme un ensemble de règles reposant sur un ordre de divers degrés de conformité avec la volonté réelle des parties³¹⁷.

Pourtant, la disposition minutieuse de l'ordre des règles d'interprétation proposée par M. Trofimoff ne semble pas avoir un fondement historique solide. Pour justifier le caractère impératif de l'ordre des règles d'interprétation des conventions contenues dans le Code civil, M. Trofimoff a cité l'observation de G.-J. Favard de Langlade, rapporteur du Tribunal sur le Projet de loi de Code civil, qui disait que les juges « doivent suivre, dans cette pénible recherche, certaines règles universelles », et que « le Projet de loi leur en présente plusieurs qui ont reçu l'approbation des règles »³¹⁸. Malheureusement, l'opinion de Favard de Langlade n'est pas suffisamment convaincante pour constater la rigidité de cet ordre établi par les rédacteurs du Code civil. De plus, la lecture attentive de l'article intéressant de M. Trofimoff³¹⁹ permet de constater que la diversité des opinions doctrinales sur le classement des règles d'interprétation du Code civil est considérable. Comme l'explique M. C. Grimaldi, pour les directives d'interprétation, « les questions tranchées ne sont pas les mêmes et (...) tous les auteurs proposent un classement différent³²⁰ ». En effet, il n'est pas possible de déterminer la priorité d'application que ce soit entre les articles 1158 et 1161, ou entre les articles 1163 et 1164, car leur application dépend totalement de circonstances différentes et n'a pas un lien logique inséparable. Sans un objet litigieux, on ne peut pas, non plus, déterminer l'ordre d'application entre les articles 1159 et 1163. L'existence d'un ordre parfait parmi les directives d'interprétation du Code civil est en réalité illusoire.

Malgré cet échec de ne pas trouver un ordre d'application précis parmi les neuf directives d'interprétation, une indication brute existe toutefois. En premier lieu, la doctrine considère unanimement l'article 1156 comme règle primordiale

³¹⁷ Ph. JACQUES, Regards sur l'article 1135 du Code civil, *op. cit.*, n° 135.

³¹⁸ G.-J. FAVARD DE LANGLADE, Le Code civil des Français, suivi de l'exposé des motifs sur chaque loi ..., t. 4, Paris, 1804, p. 116, cité par H. TROFIMOFF, *art. op. cit.*, p. 204.

³¹⁹ H. TROFIMOFF, *art. op. cit.*, p. 219-233.

³²⁰ C. GRIMALDI, *art. op. cit.*, n° 20, p. 223.

d'interprétation. Précisément, la recherche de la commune intention des parties prime sur toutes les autres solutions. En deuxième lieu, selon la majorité doctrinale, l'application de l'article 1162, règle d'interprétation d'équité, intervient après tous les autres moyens de raisonnement³²¹. Comme l'explique M. Simler, cette directive « ne doit être utilisée qu'en dernière extrémité, si le doute ne peut être levé par la recherche des intentions, suivant l'une ou l'autre des directives précédentes ou suivantes³²² ». En troisième lieu, les règles d'interprétation rationnelle se trouvent à mi-chemin entre ces deux premières catégories de règles d'interprétation.

L'existence de l'ordre des règles d'interprétation indiqué ci-dessus semble être facilement acceptée, tant sur le plan doctrinal que sur celui de la pratique judiciaire. Le débat à venir se concentre sur le classement des règles d'interprétation rationnelle. Même s'il est difficile de classer les règles reposant sur les diverses circonstances, il est préférable d'établir un principe directeur d'application pour cette catégorie de règles. Considérant l'importance et l'universalité de la nature du contrat, il est nécessaire de consacrer la priorité de celle-ci parmi les références d'interprétation du contrat. En outre, la règle d'interprétation d'équité exige également un principe directeur. Or, l'esprit de l'article 1162 semble viser seulement une circonstance spécifique. Ajouter un article légal, qui traduit parfaitement l'esprit de l'article 1135³²³ dans la section « De l'interprétation des conventions » du Code civil, s'impose.

À l'heure de la réforme du droit des contrats, les directives classiques d'interprétation envisagent, comme d'autres régimes contractuels, une rénovation législative. Les trois avant-projets de réforme disposent tous d'une section propre³²⁴, ou d'un chapitre³²⁵, pour les règles d'interprétation des contrats. La recherche de la

³²¹ J. GAUGUIER, De l'interprétation des actes juridiques, *op. cit.*, p. 173; Ch. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t. XXIV, *op. cit.*, n° 23, indiquant que « c'est la dernière ressource de l'interprétation aux abois »; J. LOPEZ SANTA MARIA, *thèse, op. cit.*, p. 70, qualifiant « l'appréciation de l'équité comme dernier moyen d'interpréter les conventions »; C. GRIMALDI, *art. op. cit.*, n° 19-1, p. 221, affirmant que l'article 1162 « doit être une règle d'interprétation de dernier recours ».

³²² Ph. SIMLER, *JCL Civil Code, art. 1156 à 1164, op. cit.*, analyse sur les articles 1162, n° 54.

³²³ Ce principe directeur d'interprétation d'équité pourrait être exprimé par un style littéral qui convient mieux à la règle d'interprétation par rapport au texte actuel de l'article 1135.

³²⁴ Voir *l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (dit avant-projet Catala), éd. La documentation française, Paris, 2006, p. 99-101; *l'avant-projet de réforme du droit des contrats* (dit avant-projet gouvernemental ou de Chancellerie).

³²⁵ Voir l'avant-projet « *Pour une réforme du droit des contrats* » (dit avant-projet Terré), sous la direction Fr. Terré, éd. Dalloz, Thème & commentaire, déc. 2008.

commune intention des parties est prioritairement consacrée³²⁶. Or, l'ordre interprétatif indiqué ci-dessus semble être, d'une façon brute, respecté dans ces trois documents.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (dit avant-projet Catala) ajoute d'abord à la recherche de la volonté réelle des parties deux circonstances spécifiques : l'acte unilatéral (article 1136, alinéa 2) et l'acte collectif (article 1136, alinéa 3). Puis, il dispose successivement de plusieurs règles : la règle d'interprétation entière de l'acte (article 1137), dont un supplément relatif au groupe de contrats ; la règle d'exonération de l'interprétation d'une clause claire et précise (article 1138), suivie par les directives d'interprétation grammaticale (articles 1138-1 et 1138-2 issus directement des articles 1163 et 1164 du Code civil) ; la règle d'interprétation en raison et en équité (article 1139), dont les articles 1157, 1158 et 1159 du Code civil sont regroupés (articles 1139-1, 1139-2 et 1139-3) ; la règle d'interprétation contre le stipulant contractant (article 1140 issu de l'article 1162 du Code civil) et également contre le contractant qui a dominé l'établissement de la loi contractuelle (article 1140-1) ; enfin, la sanction de la méconnaissance des éléments essentiels du contrat (article 1141). L'ordre des règles d'interprétation respecte une logique implicite : découverte de la volonté réelle des parties – interprétation entière de l'acte – interprétation grammaticale – interprétation rationnelle – interprétation d'équité. Cependant, l'insertion de l'article 1138, relatif à la condition limitative de l'interprétation du contrat dans cet ordre, semble incohérente. Or, la séparation de deux sanctions contre la dénaturation (articles 1138 et 1141) n'est pas raisonnable. De plus, l'article 1139 énonce un principe d'interprétation en équité. Mais les corollaires suivants, articles 1139-1, 1139-2 et 1139-3, ne concernent pas l'interprétation d'équité. En effet, ce sont les articles 1140 et 1140-1 qui constituent les règles de celle-ci.

L'avant-projet « Pour une réforme du droit des contrats » (dit avant-projet Terré) se soumet également à un ordre analogue en disposant les règles d'interprétation du contrat, c'est-à-dire la logique interprétative suivante : découverte de la volonté réelle des parties (article 136) – interprétation entière de l'acte (article 137) – interprétation rationnelle (article 139) – interprétation d'équité (article 140). Pourtant, les rédacteurs ajoutent à l'article 136 une règle d'interprétation objective.

³²⁶ Voir l'article 1136 de l'avant-projet Catala ; l'article 136 de l'avant-projet Terré ; l'article 152 de l'avant-projet

Dans cet article, l'alinéa 1 énonce le principe de rechercher la commune intention des parties ; or l'alinéa 2 dispose qu'« à défaut de déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Cet alinéa 2 crée, en effet, un principe d'interprétation en raison, qui sert à résoudre les difficultés d'interprétation en cas de défaite d'interprétation psychologique. Il semble cependant irraisonnable que l'article 138, qui dispose de la condition limitative de l'interprétation du contrat, soit inséré dans l'ordre indiqué ci-dessus. D'ailleurs, l'avant-projet Terré ne fixe qu'une règle d'interprétation rationnelle (article 139), issue de l'article 1137 du Code civil. Le motif d'économiser les autres règles d'interprétation rationnelle du Code civil en vigueur n'est pas expliqué. L'article 140, alinéa 1, dispose que « dans le doute, le contrat s'interprète en faveur du débiteur ». Évidemment, cet article s'inscrit dans une compréhension classique de la règle d'interprétation d'équité. Mais, en cas de doute, favoriser toujours le débiteur ne semble plus juste aujourd'hui. En effet, l'alinéa 2 de cet article, inspiré par l'esprit de l'harmonisation européenne du droit des contrats, est déjà parfait pour exprimer une règle d'interprétation d'équité. Il prévoit qu'« en cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat qui n'ont pas été négociées s'interprètent, de préférence, à l'encontre de celui qui en est l'auteur ».

L'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des contrats suit l'ordre générique d'interprétation : découverte de la volonté réelle (article 152) – interprétation entière de l'acte (article 153) – interprétation rationnelle (article 155, alinéa 1) – interprétation d'équité (article 155, alinéa 2). À l'article 152, cet avant-projet adopte totalement l'expression de l'article 136 de l'avant-projet Terré, en manifestant l'ambivalence de l'interprétation du contrat. Dans l'article 155, alinéa 2 de cet avant-projet, les rédacteurs disposent qu'« en cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat s'interprètent contre celui qui les a proposées ».

Après la recherche du sens et de l'esprit des règles d'interprétation du contrat, il est le temps d'analyser leur fonction dans la pratique judiciaire.

Section 2 : Fonction consacrée des règles d'interprétation du contrat

Les règles d'interprétation du contrat du Code civil français sont seulement considérées comme de simples recommandations aux juges par la Cour de cassation. Cette attitude restreint strictement la fonction de ces règles. Selon la théorie classique, les règles d'interprétation du contrat ne consistent qu'à éclairer le contenu du contrat (§ 1). Or, l'évolution contemporaine de la doctrine et de la jurisprudence tend à constater une extension de la fonction des règles d'interprétation du contrat (§ 2).

§ 1. Théorie classique de l'interprétation subjective du contrat

L'ambiguïté, l'obscurité et l'absurdité du contenu contractuel sont les causes principales de l'interprétation du contrat. « L'interprétation est donc une opération déclarative, destinée à révéler le contenu de la pensée véhiculé par un énoncé juridique ou, de manière plus exceptionnelle, par un comportement signifiant³²⁷ ». Cependant, la complexité des énoncés ou des comportements rend difficile la connaissance du sens des clauses contractuelles. La commune intention des parties existe au-delà d'une formulation mal exprimée. Il est donc nécessaire et, avant tout, d'éclairer ce que les parties ont voulu ou ce que les parties ont conclu dans le contrat.

En droit français, la clarification du contenu du contrat est théoriquement définie comme une démarche de l'interprétation subjective, puisque celle-ci cherche à découvrir la commune intention des parties. En revanche, en se référant aux critères objectifs de valeur, les interprétations constructive et corrective sont définies comme une démarche objective. Il nous semble que les auteurs ont, selon le caractère des références de leur démarche, qualifié l'interprétation du contrat. Cette idée dualiste d'interprétation du contrat ne se fonde cependant pas sur la théorie dualiste de la philosophie.

³²⁷ Y. PACLOT, *op. préc.*, n° 440, p. 384.

Le dualisme philosophique de R. Descartes affirmait qu'il existe deux types de substance : la substance mentale et la substance matérielle³²⁸. La substance mentale n'a pas d'étendue spatiale ; la substance matérielle ne peut pas penser. Ce dualisme des substances affirmait ainsi que les âmes immortelles occupent un royaume d'existence indépendant et distinct du monde physique³²⁹. Le spirituel et le matériel semblent avoir des propriétés plutôt différentes et sans doute irréconciliables. Les événements mentaux ont une qualité subjective qui leur est associée, alors que les événements physiques n'en ont évidemment pas³³⁰.

Selon l'idée dualiste d'interprétation du contrat, la commune intention des parties est une référence subjective. Sont des références objectives la finalité contractuelle qui comporte l'utile et la justice, et également selon le Code civil, l'équité, l'usage et la loi. Bien que nous devions accepter la qualité subjective de la commune intention des parties, le concept de valeur, la morale et les normes immatérielles de l'acte humain n'ont peut-être pas une qualité objective. L'utile, la justice et l'équité appartiennent définitivement aux concepts de valeur, des consciences morales et des jugements spirituels. M. J. Ghestin a expliqué deux éléments de la finalité objective : « de la finalité d'utile se déduisent les principes subordonnés de sécurité juridique et de coopération. De la finalité de justice se déduit la recherche de l'égalité des prestations par le respect d'une procédure contractuelle effectivement correcte et équitable³³¹ ». Ici, les termes « sécurité juridique », « coopération » autant qu'« égalité » sont plutôt des jugements spirituels que des existences matérielles. De même, les normes d'acte fixées par la loi, la morale, l'usage relèvent d'un accord des volontés collectives ou populaires. Ces normes sont le fruit du travail intellectuel, même si elles s'expriment à travers des textes législatifs ou jurisprudentiels. Ces références dites « objectives » ne sont pas vraiment les substances objectives de la philosophie.

Quant à la référence subjective de l'interprétation du contrat, la commune intention des parties n'est, dans l'esprit du juge, qu'un objet incertain à chercher. Dans l'interprétation du contrat, ce que le juge peut avoir, ce sont seulement les

³²⁸ R. HOWARD, *Dualism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, éd. Edward N. Zalta, 2003.

³²⁹ W.D. HART, *Dualism, A Companion to the Philosophy of Mind*, in Samuel Guttenplan (org), éd. Blackwell, Oxford, 1996, 265-7.

³³⁰ T. NAGEL, *La vue de nulle part*, trad. par Sonia Kronlund, éd. l'Éclat, 1993.

preuves matérielles et les faits. L'article 1134 du Code civil français a, depuis 1804, affirmé que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Cette affirmation déclare à la fois que les parties contractantes sont les maîtres ou les législateurs des règles individuelles de leur contrat, et que le contrat légalement formé possède la même force obligatoire que la loi. Précisément, cet alinéa présente au moins trois sens : la commune intention des parties est l'âme du contrat ; le contrat doit, en tant que substance matérielle d'esprits des contractants, être sérieusement considéré comme la loi particulière (document individuel le plus officiel) qui a exclusivement des effets restrictifs aux parties contractantes ; et les obligations contractuelles doivent être strictement respectées. La relation entre l'intention des parties et le contrat est alors très similaire à celle que Descartes décrivait entre l'esprit et le corps.

Afin de dévoiler l'âme du contrat, nous devons analyser l'apparence matérielle du contrat. De ce point de vue, l'interprétation dite subjective se fonde sans doute sur les substances matérielles objectives. Le législateur français a renforcé le rôle primordial du texte contractuel avec le régime de preuve. L'article 1341 du Code civil fixe une interdiction de prouver outre et contre l'écrit³³². La Cour de cassation explique cette disposition légale ainsi : lorsque l'acte est clair et précis, le juge doit se conformer strictement au régime des preuves. En revanche, en cas de nécessité d'une interprétation judiciaire, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond le pouvoir de s'écarter des règles de preuve et de prouver outre et contre l'écrit³³³. Les arrêts suivants ont plus précisément affirmé que la prohibition de l'article 1341 ne fait pas obstacle au recours à des témoins ou à des présomptions pour interpréter un acte obscur ou ambigu³³⁴. Mais un acte clair et précis n'a nul besoin d'être interprété par référence à une attestation du notaire rédacteur³³⁵.

³³¹ J. GHESTIN, *Contrat*, collect. in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, éd. Puf, 2003, Paris, p. 276.

³³² Voir, art.1341 al. 1^{er}, C. civ., stipule qu'« il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre ».

³³³ Voir, Req., 31 mars 1886, S. 1886, 1, p. 260, cité par J. GHESTIN.

³³⁴ Cass., 1^{re} civ., 3 mars 1969, D. 1969, 477 ; Cass., 3^e civ., 20 nov. 1973, JCP 73, IV, 422 ; Bull. III, n° 582, p.424.

³³⁵ Cass., 1^{re} civ., 2 fév. 1974, JCP 74, IV, 106 ; Bull. I, n° 44, p. 39.

Ces jurisprudences ont affirmé que l'écrit clair et précis est donc une preuve exclusive (la plus compétente par rapport aux autres preuves) dans les litiges contractuels ; les témoins et les présomptions ne sont recevables qu'en cas où l'écrit contractuel est ambigu et obscur. Certains auteurs ont observé que l'attitude de la Cour de cassation traduit la supériorité de la déclaration de volonté sur la volonté interne³³⁶. D'autres expliquent la relation entre les articles 1134 et 1341 du Code civil : « celui-ci (l'article 1134) commande que soit *toujours* respectée la commune intention des parties, alors que l'article 1341 du Code civil ne rend possible ce respect de la commune intention des parties que lorsque *l'instrumentum est obscur*. L'article 1341 du Code civil, règle de preuve, constitue donc une limite à l'article 1134 du Code civil, règle de fond³³⁷ ».

En ce qui concerne la relation entre les articles 1134 et 1341 du Code civil, le rôle de principe directeur de l'article 1134 paraît traditionnellement indéniable. Précisément, le respect de la commune intention des parties demeure un caractère essentiel du régime de convention du Code civil français. En tant que première directive d'interprétation du contrat, l'article 1156 du Code civil a clairement confirmé ce principe fondamental. En effet, un raisonnement logique dans les arrêts cités ci-dessus existe : lorsque les clauses contractuelles sont claires et précises, la commune intention des parties a exactement été exprimée dans le contrat ; la tâche du juge du fond est seulement d'appliquer, sans réflexion, ces clauses correspondant à la commune intention des parties. Afin de souligner l'effet suffisant de preuve, l'article 1341 du Code civil interdit d'écarter l'écrit contractuel (preuve directe et complète) dans lequel la commune intention des parties réside, et de prouver cependant par témoins ou par présomptions (preuve indirecte et incomplète) outre ou contre l'écrit. En réalité, avec les règles de preuve, le législateur cherche à limiter l'arbitre du juge du fond. Dans son sens originel, l'article 1134 ne consiste pas à limiter la règle de fond (l'article 1134). Pourtant, si l'on exempte l'hypothèse où l'écrit clair et précis correspond à la commune intention des parties, il y a toutefois un paradoxe entre les règles de preuve et celles d'interprétation.

³³⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. préc.*, n° 28, p. 41.

³³⁷ C. GRIMALDI, *op. préc.*, n° 10, p. 214.

Or, en considérant la complexité des circonstances du contrat commercial, le législateur a exceptionnellement affirmé un principe de liberté de la preuve. Selon l'article 110-3 du Code de commerce, « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». Les jurisprudences ont rapidement appuyé cette ouverture du régime de preuve en déclarant, qu'en matière commerciale, la preuve est principalement libre³³⁸. De plus, l'admissibilité de la preuve testimoniale entraîne, comme conséquence, l'admissibilité de la preuve par simple présomption³³⁹. La Cour de cassation autorise le juge à pouvoir trouver la preuve des contrats commerciaux dans la correspondance, les factures, les livres de commerce du commerçant³⁴⁰. Cependant, le principe de liberté de la preuve n'est qu'une exception. Pour que la preuve soit libre, il ne suffit pas que l'acte soit commercial ; encore faut-il qu'il ait été accompli par une personne ayant la qualité de commerçant³⁴¹. Pourquoi le Code de commerce adopte-t-il un principe de preuve différent de celui du Code civil ? Les écrits commerciaux sont-ils vraiment distincts des écrits civils ? La réponse n'est peut-être pas unique, mais la solution rappelle une réflexion approfondie sur la logique jurisprudentielle de l'interprétation du contrat.

Un écrit clair et précis correspond-il toujours à la commune intention des parties ? En effet, la logique de la présomption de la jurisprudence n'est pas convaincante. En doctrine, Aubry et Rau ont indiqué qu'« il y a lieu à interprétation, lorsque, malgré leur clarté, les termes d'un contrat pris dans leur sens littéral ne sont pas susceptibles de se concilier avec (...) l'intention évidente des parties³⁴² ». Selon Planiol et Ripert, « la justice conduit à écarter l'application d'une clause, même claire et précise, qui paraît le résultat d'une erreur manifeste, et en contradiction avec leur intention commune certaine³⁴³ ». Plus récemment, M. Ph. Jacques préconise, dans sa thèse, que « l'interprétation d'une clause apparemment claire et précise peut se concevoir, si son sens littéral ne coïncide pas avec la volonté réelle des parties³⁴⁴ ».

³³⁸ Voir Req. 31 déc. 1935, *DH* 1936, 66 ; Cass. civ., 2 juill. 1941, *DA* 1941, 191.

³³⁹ Req. 4 juill. 1935, *DH* 1935, 490 ; Cass. civ., 7 janv. 1935, *DH* 1935, 131.

³⁴⁰ Cass. com., 12 oct. 1982, *Bull.* IV, n° 312 ; Cass. com., 7 oct. 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 248.

³⁴¹ Paris, 24 oct. 1986, *D.* 1987, somm. 443, obs. Aynès ; Cass. com., 21 juin 1988, *JCP* 89, éd. E, II, 15519, note DELEBECQUE ; *RTD com.* 1989, 59, obs. DERRUPPÉ.

³⁴² Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, par Bartin, 6^e éd. Marchal et Billard, 1936, p.482.

³⁴³ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par Esmein, 2^e éd. LGDJ, 1952, p.481.

³⁴⁴ Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, thèse, préf. F. CHABAS, éd. Dalloz, 2005, n° 143.

Ces opinions dévoilent la réalité des activités contractuelles et réaffirment le dogme pur de l'article 1134.

Comment devons-nous alors comprendre la relation entre les articles 1134 et 1341 ? Une observation indique que « l'*instrumentum*, pourtant clair, ne reflétait pas le *negotium*, le *negotium* pourrait, voire devrait, prévaloir³⁴⁵ ». Cette observation peut trouver son origine philosophique chez Descartes³⁴⁶. J. Boré a présenté un point de vue admissible que « lorsque l'interprétation littérale aboutit à un sens déterminé et univoque, le juge ne doit pas seulement donner au contrat une interprétation conciliable avec le sens de l'acte, mais il doit appliquer le sens univoque de l'acte. Par contre, lorsque l'interprétation littérale de l'acte aboutit à un faisceau de sens, tel que le sens usuel dominant des sens inusuels, l'interprète peut rechercher la volonté des contractants en dehors de l'acte, à travers des faits prouvés par témoignage ou par présomption (...)»³⁴⁷ ».

En matière de recherche de la volonté réelle des parties, les travaux des juristes français et chinois sont intéressants. Selon, Y. Paclot, « l'interprétation déclarative oscille entre deux pôles : elle consiste soit à replacer l'objet interprété dans son contexte, soit à remonter vers ses sources, – les travaux préparatoires notamment –, de manière à le comprendre en fonction de sa genèse³⁴⁸ ». Cet auteur fonde son point de vue sur la théorie des actes de langage en indiquant qu'« un mot n'a de signification qu'en fonction de son usage et que le sens d'un énoncé est inséparable de son contexte³⁴⁹ ». Les travaux préparatoires sont, sans doute, les preuves matérielles qui présentent le contexte de la relation contractuelle. Or, « les investigations du juge portent sur l'ensemble des documents précontractuels et contractuels, et sur l'attitude des parties postérieure à la formation du contrat³⁵⁰ ». En France, la Cour de cassation a, par sa décision, affirmé que les lettres échangées entre

³⁴⁵ C. GRIMALDI, *op. préc.*, n° 11, p. 214.

³⁴⁶ Pour Descartes, le corps et l'esprit sont deux choses différentes. L'esprit, selon Descartes, est une « chose pensante » (du latin *res cogitans*) et une substance immatérielle. Cette « chose » est l'essence de sa personne. Cette distinction entre le corps et l'esprit est ainsi étayée dans les méditations VI : « j'ai une claire et distincte idée de moi-même, en tant que je suis seulement une chose qui pense et non étendue, et [...] j'ai une idée distincte du corps, en tant qu'il est seulement une chose étendue et qui ne pense point ».

³⁴⁷ J. BORE, *Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes*, *RTD civ.*, 1972, n° 32, p. 223.

³⁴⁸ Y. PACLOT, *op. préc.*, n° 441, p. 385.

³⁴⁹ *Ibid.*, n° 442, p. 385 ; voir aussi, M. VAN DE KERCHOVE, *La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques*, in *Théorie des actes de langage, Ethique et droit*, sous la dire. de P. AMSELEK, éd. Puf, 1986, p. 211.

³⁵⁰ Y PACLOT, *op. préc.*, n° 284, p. 268.

les parties pendant la négociation du contrat peuvent être le moyen de retrouver la commune intention des parties³⁵¹. De plus, la Cour de cassation a également indiqué « qu'il appartient aux juges du fond de rechercher l'intention des parties contractantes dans les termes employés par elles comme dans tout comportement ultérieur de nature à la manifester³⁵² ».

De leur côté, les juristes chinois déterminent les preuves nécessaires en analysant les actes de déclaration des parties. Ils pensent que les actes de déclaration ne se trouvent pas uniquement dans l'écrit contractuel, mais dans toutes les choses corporelles et incorporelles échangeables entre eux : texte contractuel, courriers, datas électroniques (fax, télégrammes, email ou cybers électroniques), publicités et paroles, etc.³⁵³. Certains contenus du contrat se sont possiblement manifestés hors de l'écrit contractuel, par exemple, dans les négociations préparatoires, l'offre, la contre-proposition, les lettres échangées par voie postale ou électronique, etc. ; c'est là que se trouvent la modification, le complément ou l'explication, même la garantie ou le crédit spécifique concernant le contenu du contrat³⁵⁴. Il s'agit donc de rassembler tous les éléments contractuels intrinsèques et extrinsèques et d'analyser les preuves concernées hors de l'écrit contractuel pour dévoiler le sens véritable du contenu contesté par les parties³⁵⁵.

En effet, nous pouvons trouver une règle d'interprétation reposant sur le but contractuel afin d'éclairer « une clause particulière tantôt par rapport à une autre clause, tantôt par rapport à l'ensemble du contrat auquel elle appartient³⁵⁶ », par rapport à l'article 1161 du Code civil français. Par sa décision, la Cour de cassation française a affirmé que l'économie, ou le but du contrat, doit être considérée comme référence pour retrouver le sens précis des clauses dans l'interprétation du contrat³⁵⁷. La jurisprudence française va plus loin : pour déterminer le sens d'une clause contractuelle, le juge du fond peut prendre en compte le contexte par rapport aux

³⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 21 fév. 1976, *Bull. civ. I*, n° 135, p. 108; Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1973, *Bull. civ. I*, n° 174, p. 152.

³⁵² Cass. 1^{re} civ., 7 mai 1956, *Bull. civ. I*, n° 179, p. 146 ; Cass.com., 28 mars 1957, *Bull. civ. IV*, n° 375 p.264 ; Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1959, *Bull. civ. n° 512*, p. 423; Cass. 3^e civ., 5 fév. 1971, *D.* 281, rapport CORNUEY.

³⁵³ 韩世远 HAN Shiyuan, *合同解释论* *Essa sur l'interprétation des contrats*, *合同法评论* *Commentaires du droit des contrats*, n°2, sous la direction de 王利明 WANG Liming et 奚晓明 XI Xiaoming, éd. 人民法院出版社 Cour populaire Presse, 2004, p. 77-78.

³⁵⁴ 崔建远 CUI Jianyuan, *op. préc.*, p. 10.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ Y PACLOT, *op. préc.*, n° 286, p. 268-269.

³⁵⁷ Par ex. : Cass. 1^{re} civ., avril 1981, *D.* 1982, I.R. 200, *obligation de non-concurrence*, par Y. SERRA.

autres contrats qui sont eux-mêmes en relation avec le contrat dont cette clause fait partie³⁵⁸.

Placer les clauses contractuelles litigieuses dans le contexte général du contrat apparaît non seulement dans les législations et les jurisprudences nationales, mais aussi sur le plan international. En tant que source indirecte du droit national, les « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » ont présenté de sérieuses considérations sur les circonstances pertinentes. L'article 4.3 de ce document stipule que « pour l'application des articles 4.1 et 4.2, on prend en considération toutes les circonstances, notamment : a) les négociations préliminaires entre les parties ; b) les pratiques établies entre les parties ; c) le comportement des parties postérieur à la conclusion du contrat ; d) la nature et le but du contrat ; e) le sens généralement attribué aux clauses et aux expressions dans la branche commerciale concernée ; f) les usages³⁵⁹ ». Ces principes représentent les convergences des juristes de nombreux pays du monde dans l'interprétation du contrat. Ils reflètent également la tendance à l'unification des règles d'interprétation du contrat par la négociation et le compromis entre divers pays, tendance qui influence fortement les projets d'harmonisation européenne du droit privé. Selon B. Fauvarque-Cosson, « dans le domaine de l'interprétation, les mouvements d'eupéanisation et d'unification du droit des contrats ont largement contribué à rapprocher le droit anglais du droit français et des autres droits de tradition civiliste³⁶⁰ ». Par exemple, dans le projet gouvernemental de réforme du droit des contrats, la Chancellerie a proposé, en s'appuyant sur les règles classiques du Code civil français et les projets européens concernés, d'ajouter un article qui mettrait exergue la cohérence tant d'un ensemble contractuel comportant plusieurs contrats, que d'un contrat comportant plusieurs clauses³⁶¹.

³⁵⁸ Par ex. : Cass.soc., 21 fév. 1957, *Bull. civ.* IV, n° 205 p. 141 ; Cass. com., 29 nov. 1965, *Bull. civ.* III, n° 612 p. 550.

³⁵⁹ Voir *Principes contractuels communs, Projet de cadre commun de référence*, Associ. Henri Capitant et Société de législation comparée, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 474.

³⁶⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *L'interprétation du contrat: observations comparatives*, éd. RDC 2007/2, p.490.

³⁶¹ Voir art. 153 de ce Projet : « Toutes les clauses des contrats s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier » (alinéa 1). « Dans l'ensemble contractuel qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés » (alinéa 2).

§ 2. Évolution contemporaine de la doctrine et de la jurisprudence

L'évolution contemporaine de la doctrine et de la jurisprudence enrichit largement le fondement juridique de l'interprétation du contrat et développe la fonction de celle-ci. Cette évolution repose d'abord sur la rénovation de la notion de cause, depuis les années 1990 (A). Puis, le concept de l'économie du contrat obtient une nouvelle compréhension approfondie dans la jurisprudence contemporaine (B).

A. La rénovation de la notion de cause depuis les années 1990

À partir de J. Maury³⁶², la doctrine dominante de la cause s'est fondée sur une conception dualiste : cause de l'obligation et cause du contrat. La cause de l'obligation se limite à l'appréciation abstraite et objective des prestations réciproques entre les parties, elle est donc appelée comme cause objective. Or, la cause du contrat sert à examiner la licéité du contenu du contrat et participe d'une appréciation concrète et subjective des mobiles des parties, elle est donc regardée comme cause subjective³⁶³. En fait, cette distinction n'implique pas que la cause de l'obligation ne concerne pas l'appréciation de la volonté subjective des parties. La cause objective dépend non seulement de l'interprétation objective, mais aussi de l'interprétation subjective du contrat. Le juge doit d'abord constater la nature juridique du contrat litigieux par le moyen de la recherche de la commune intention des parties. Si le contrat litigieux participe d'un type de contrats réglementé ou d'un objet mixte de plusieurs contrats typiques, les règles légales ou jurisprudentielles relatives aux contrats typiques peuvent imposer certaines obligations aux parties du contrat litigieux par le biais de l'interprétation objective du contrat. Pourtant, selon la théorie dominante, peu importe qu'elle soit subjective ou objective, l'interprétation du contrat se limite toujours dans le champ contractuel. Autrement dit, l'objet de l'interprétation du contrat existe impérativement à l'intérieur du contrat.

³⁶² Voir J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, p.231.

³⁶³ Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil : les obligations*, éd. Puf, Quatrième Manuels, 2004, n° 973, p. 2017-2018 ; M. FABRE – MAGNAN, *Droit des obligations (I)*, Thémis droit, éd. Puf, 2008, n° 163, p. 397 ;

Depuis les années 1990, le développement de la pratique judiciaire, en France, a rénové la notion de cause et a également étendu le domaine de l'interprétation du contrat. De ce fait, le juge peut interroger les mobiles de chacune des parties et les éléments objectifs extérieurs au contrat afin d'apprécier l'opportunité des obligations contractuelles litigieuses. Cette tendance à l'extension se manifeste nécessairement dans l'établissement du principe de proportionnalité et dans l'émergence du concept de l'économie du contrat.

Traditionnellement, la jurisprudence se contentait de constater l'absence ou l'existence de cause en bloc pour traiter les litiges contractuels. Aujourd'hui, le juge joue de plus en plus son rôle dans l'équilibre des prestations contractuelles par l'exigence d'une proportionnalité³⁶⁴ des engagements contractuels des parties. La Cour de cassation a rendu une série d'arrêts qui sanctionnent la disproportion des engagements entre les parties, soit au nom de l'absence de cause, annulant le contrat entier litigieux³⁶⁵, soit au regard de la règle du droit spécial, privant une clause contractuelle de la force obligatoire³⁶⁶. Outre les contrôles internes d'équilibre des engagements dans un contrat, la haute juridiction française a de nouveau exploité la notion de fausse cause inscrite dans l'article 1131 du Code civil. Mais, plus audacieusement, elle a initialement réformé cette notion classique et créé une nouvelle notion corrélative « la fausseté partielle de la cause ».

Fausseté partielle de la cause. Le Code civil français consacre, depuis 1804, le rôle important de la cause, en tant qu'une des conditions essentielles en matière de validité du contrat³⁶⁷. Son article 1131 stipule que « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Il était donc difficile de penser l'existence d'une nullité partielle dans la notion de cause. Pourtant,

³⁶⁴ Cf. Actes du colloque du 20 mars 1998, organisé par la faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA*, 30 septembre 1998 ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. de H. MUIR-WATT, éd. LGDJ, 2000.

³⁶⁵ Voir par ex. : Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1994, *JCP* 1995. II. 652, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.*, 1995, 170, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com., 17 juin 1997, *D.* 1998, 308, note J. CASEY ; *Rép. Defrénois* 1997, 1424, obs. L. AYNES ; *LPA*, 27 mai 1998, 33, obs. S. PIEDELEVRE ; *RTD civ.* 1998, 100, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 14 oct. 1997, *Rép. Defrénois* 1998, 1040, obs. D. MAZEAUD ; Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 1999, *Rép. Defrénois* 1999, 992, obs. D. MAZEAUD ; Cass. soc., 10 juill. 2002 (trois arrêts), *D.* 2002, 2491, obs. Y. SERRA...

³⁶⁶ Voir par ex. : Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, *JCP* 1997. I. 3991, obs. Ph. SIMLER ; Cass. com., 3 mai 1997, *RTD civ.* 1998, 101, obs. J. MESTRE.

³⁶⁷ Voir l'art. 1108 du Code civil : « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu, le 11 mars 2003, un arrêt remarquable qui est considéré comme « une vraie nouveauté jurisprudentielle »³⁶⁸. Cet arrêt consacre la fausseté partielle de la cause et le pouvoir de réduction du contrat par le juge.

Malgré sa reconnaissance d'une dette préexistante à son neveu, la veuve d'un géomètre s'était déditée et avait demandé l'annulation totale de l'acte de promesse devant le tribunal. N'étant pas absolument contre sa parole donnée, cette demanderesse avait refusé le paiement de la dette, car le montant de la dette souscrite dans la reconnaissance était largement supérieur à la valeur de la dette réelle. Les juges du fond avaient nié le statut de débitrice de la veuve, reposant sur une fausse reconnaissance de la dette, afin de déclarer nul en totalité l'acte litigieux. La Cour de cassation avait cependant considéré que le motif initial de la veuve consistait à retourner au créancier la dette réelle dont elle était redevable, ceci veut dire que « la dette existe toujours, même si elle est inférieure à la somme reconnue »³⁶⁹. D'une part, ce motif constitue la présence subjective de la cause de la dette souscrite dans la reconnaissance. D'autre part, la valeur réelle de la dette préexistante constitue la présence objective de la cause de la dette litigieuse. Celle-ci fournit au juge un critère objectif d'appréciation en proportionnalité et donne la rationalité au motif du débiteur. Mais, ni la valeur objective de la dette ni le motif du débiteur n'existent dans le contrat unilatéral litigieux. Sous le concept de proportionnalité des obligations, l'interprétation du mobile de la demanderesse oriente, en effet, la qualification juridique vers une fausseté partielle de la cause. Il n'est pas nécessaire d'annuler intégralement le contrat unilatéral entaché partiellement d'un vice de valeur. Une correction (ou une révision) judiciaire sur le montant de la dette suffit à réaliser l'équivalence entre la dette souscrite dans la reconnaissance et celle préexistante. Par conséquent, la haute juridiction a créé la nouveauté : « la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante »³⁷⁰. Cet arrêt fait preuve d'une certaine logique : l'erreur sur la valeur de l'objet de l'obligation dans le motif initial → la fausseté partielle de la cause de l'obligation → la nullité partielle de l'obligation → la

³⁶⁸ D. MAZEAUD, obs., *RDC* 2003, p. 39-42; pour savoir cet arrêt, voir aussi J. ROCHFELD, obs., *JCP* 2003.I.142, n° 24 ; J. MESTRE et B. FAGES, obs., *RTD civ.* 2003.287.

³⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2003, *Bull. civ.* I, n° 67, p. 51; *JCP G* 2003, IV 1818 ; *Juris-Data* n° 2003-018173 ; *JCP* 2003. I. 142, n° 5, obs. J. ROCHFELD, *RDC* 2003, p. 39, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2003, 287, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

³⁷⁰ *Eod. loc.*

réduction ou la révision partielle de l'obligation initiale. L'interprétation subjective du contrat joue son rôle dans la première étape du processus de raisonnement. Elle fournit un fondement de fait à la qualification de fausseté partielle de la cause. Grâce à cette qualification, par le moyen de réduction sur mesure, la Cour de cassation a efficacement sauvé l'équilibre des prestations dans la relation contractuelle.

Pourtant, M. J. Ghestin ne pense pas qu'il existe un phénomène de subjectivisation de la cause de l'obligation dans cet arrêt. Selon lui, « l'acte litigieux n'avait nullement pour objet un échange de prestations, mais seulement la reconnaissance à des fins probatoires d'une dette antérieure, dont le montant était objectivement déterminé ou, en tout cas, déterminable indépendamment de la volonté des parties. C'est là une différence fondamentale avec un échange de prestations économiques »³⁷¹. Ce point de vue repose évidemment sur la connaissance classique de la cause de l'obligation. Il regarde la cause de la promesse unilatérale comme contrepartie objective. Mais la contrepartie objective ne constitue, en effet, que la substance ou le contenu de la cause de l'obligation. Comme l'ont indiqué MM. G. Marty et P. Raynaud, « l'équivalence en elle-même est une notion objective, mais elle fait l'objet d'une appréciation subjective puisqu'il s'agit d'un équivalent voulu »³⁷². Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation vise la contrepartie convenue par les parties. Dans les contrats unilatéraux, en raison de l'absence d'un équivalent convenu, la cause de l'obligation dépend inévitablement de l'analyse du motif du débiteur. Or, en ce qui concerne l'arrêt commenté, l'exploitation de la notion de fausse cause en elle-même représente une subjectivisation de l'appréciation de la cause de l'obligation, car elle provoque un vice de la volonté du débiteur sur la valeur réelle de l'objet de l'obligation. Cet arrêt repose en fait sur l'appréciation de l'erreur du débiteur. Dans l'hypothèse de l'insuffisance du montant de la somme de dette en reconnaissance, le créancier ne peut être d'accord sur cette prestation déséquilibrée. Le contrat unilatéral ne peut donc pas se former³⁷³. Par conséquent, le procès provoqué par le créancier ne repose pas sur un contrat unilatéral, mais il doit retrouver ses fondements de fait et de droit dans la relation antérieure à la dette.

³⁷¹ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, éd. LGDJ, 2006, n° 1157, p. 752.

³⁷² G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : les obligations*, t. 1, Les sources, 2^e éd. Sirey, 1988, p. 203.

³⁷³ Voir J. CARBONNIER, *Droit civil : les obligations*, éd. Puf, 2004, n° 930, p. 1942, indiquant qu'« il ne faut pas confondre le contrat unilatéral avec l'acte juridique unilatéral (le contrat unilatéral est un acte bilatéral), il ne naît d'obligations qu'à la charge d'une partie ».

Sans doute, la réactivation de la fausse cause entraîne que la frontière entre l'erreur et la cause redevient imprécise. Selon la théorie traditionnelle du contrat, l'erreur sur la valeur et l'erreur sur le motif sont indiscutablement écartées dans la qualification d'un vice de consentement qui peut entraîner la nullité de l'acte³⁷⁴. Cependant, la fausseté partielle de la cause dans la considération de proportionnalité des prestations porte atteinte à la connaissance traditionnelle ci-dessus, l'erreur sur la valeur n'est plus indifférente.

Pourtant, en 2007, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu un autre arrêt dont la solution s'est avérée négative³⁷⁵. Dans une cession d'actions et de compte-courant social, les vendeurs n'avaient pas déposé un solde suffisant conventionnellement indiqué dans le compte cédé, considéré comme une partie du prix de cession. En s'inspirant de la solution de l'arrêt du 11 mars 2003, l'acquéreur avait donc assigné les vendeurs afin d'obtenir la réduction du prix de cession pour absence partielle de la cause. La Cour de cassation, malgré la décision rendue précédemment, a définitivement déclaré que « dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation ».

Évidemment, la haute juridiction a voulu tempérer la portée et l'étendue applicable de la jurisprudence issue de sa décision du 11 mars 2003. Elle a définitivement restreint, dans les contrats unilatéraux, la réduction de l'obligation en cas de fausseté partielle de la cause. Heureusement, cet arrêt a confirmé la notion de fausseté partielle de la cause inventée par l'arrêt du 11 mars 2003, qui reflète une conformité de l'innovation de la théorie de cause à la réalité sociale contemporaine. Malheureusement, la fausseté partielle de la cause confirmée n'entraîne plus désormais la nullité partielle de l'obligation dans les contrats synallagmatiques. Si l'on peut, sans grande difficulté, observer que la politique judiciaire de la Cour de cassation est destinée à délaissier la technique de la « nullité-réduction »³⁷⁶, cet arrêt paralyse en effet la fonction de la fausseté partielle de la cause en matière contractuelle. De fait, sa confirmation de l'invention jurisprudentielle de 2003 doit être seulement considérée comme un agrément hypocrite. Car, étant privée de la fonction de nullité partielle, dont la proportionnalité constitue un fondement objectif,

³⁷⁴ Voir F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 220, intitulé « L'erreur indifférente ».

³⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 05-21.316, *D.* 2007.2574, note J. GHESTIN, *JCP* 2007.I.195, n° 11, obs. Constantin, *RDC* 2007.1103, obs. Y.-M. LAITHIER.

la notion de la fausseté partielle de la cause n'a en pratique aucun intérêt dans les contrats synallagmatiques.

Ainsi, en matière théorique du droit, l'invention et la confirmation de la fausseté partielle de la cause renforcent effectivement le mouvement de subjectivisation de la théorie de la cause lancé depuis le début des années 1990³⁷⁷. La cause de l'obligation n'est plus uniquement appréciée par la contrepartie objective. Le motif subjectif devient également un élément important qui assiste l'analyse de la cause pour laquelle un contractant s'engage, tant dans les contrats synallagmatiques, que dans les contrats unilatéraux. Dépasant l'étendue définie par la théorie traditionnelle de cause, cette subjectivisation de cause provoque la recherche du motif à l'arrière du consentement des parties contractantes.

La subjectivisation de la cause de l'obligation n'est pas la seule raison qui entraîne l'extension de l'interprétation du contrat à l'extérieur du contrat. L'émergence du concept de l'économie du contrat devient aussi le moteur de cette extension.

B. Concept de l'économie du contrat

Le terme juridique de « l'économie du contrat » ou de « l'économie la convention » n'est pas récent. Dès la première moitié du XXe siècle, plusieurs juristes l'employaient déjà dans leurs ouvrages³⁷⁸ ; les juridictions administrative et civile l'utilisaient aussi dans leurs arrêts³⁷⁹. Pourtant, l'émergence rare et éparse de ce terme dans ces documents juridiques n'a pas donné lieu à une recherche attentive et précise sur ce sujet. Or, à partir des années 1990, la réapparition de ce terme, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, s'inscrit dans le mouvement de subjectivisation de la cause.

³⁷⁶ Sur le terme, voir A. BENABANT, *Les obligations, op. cit.*, n° 219.

³⁷⁷ Voir par ex. : Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 1990, *JCP* 1991.II.21656, note J. BIGOT, *RTD civ.*, 1991.325, obs. MESTRE ; Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261, p. 223, *D.* 1997.121, note A. SÉRIAUX, *somme.com.*, p. 75, obs. DELEBECQUE, *chron.* LARROUMET, p. 145, *JCP* 1997.II.22881, note D. COHEN, *Deffrénois* 1997.333, obs. D. MAZEAUD ; Cass. 1^{re} civ., 2 juin 2004, *RDC* 2004, p. 927, obs. D. MAZEAUD.

³⁷⁸ Cf. T. R. IONASCO, *L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux : étude de la doctrine et l'extension de la notion de cause en jurisprudence*, thèse, Paris, éd. Puf, 1923, p. 70-73 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil* (après le Traité de Planiol), t. II, Obligations et droits réels, Paris, éd. LGDJ, 1957, 1943, n° 292, p. 118.

En 1996, la Cour de cassation a rendu un arrêt connu³⁸⁰, qui affirme symboliquement le lien strict entre la cause et l'économie du contrat. Des particuliers, les époux Miller, voulant créer un « Point club vidéo » dans un village de peu d'importance en nombre d'habitants (seulement 1 314 habitants), ont signé un contrat de location des vidéocassettes avec un professionnel. Faute de clientèle, le but commercial du locataire était irréaliste. Les époux Miller ont donc, devant le tribunal, préconisé la nullité du contrat de location des vidéocassettes précédemment convenu. Le juge du fond a prononcé que l'obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par le couple locataire dans le cadre de la convention de création d'un point club vidéo, n'avait point toute contrepartie réelle en raison de l'impossibilité de l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties. La Cour de cassation, elle, a rejeté le pourvoi de la part du bailleur, en indiquant que les motifs déterminants des parties en l'exploitation d'un commerce « sont entrés dans le champ contractuel ». Cet arrêt a provoqué la rénovation de la théorie de la cause, dont le motif des parties devient l'élément essentiel dans l'appréciation d'existence de la cause d'un contrat à titre onéreux.

Selon la doctrine dominante, l'existence de la cause relève toujours de l'appréciation de la cause de l'obligation, c'est-à-dire d'une recherche de la contrepartie objective. Or, l'appréciation de la cause du contrat ne vise que la licéité et la moralité des motifs des parties. Quant à cet arrêt, comme l'a indiqué la Cour de cassation, « dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation d'une partie réside dans l'obligation de l'autre partie, et qu'en l'espèce la cause de l'engagement des époux Miller était la mise à leur disposition des cassettes vidéo³⁸¹ ». Autrement dit, dans ce litige, l'absence de la cause de l'obligation d'une des parties n'existe pas. En revanche, la haute juridiction a affirmé l'absence de la cause du contrat dont « l'économie voulue par les parties était impossible³⁸² ». En conséquence, le juge a apprécié l'existence ou non de la cause par le moyen de la recherche du motif

³⁷⁹ Cf. C.E., 30 mars 1916, « Gaz de Bordeaux » ; Cass. civ. 1^{re}, 6 juill. 1959, *Rev. crit. DIP* 1959. 708, note H. BATIFFOL.

³⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 286, p. 200; *D.* 1997, p. 500, note Ph. REIGNE; *Rép. Defrénois*, 1996, p. 1015, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs. J. MESTRE.

³⁸¹ *Eod. loc.*

³⁸² *Eod. loc.*

commun des parties. La frontière doctrinale entre la cause de l'obligation et la cause du contrat n'est donc plus rigide.

En outre, pour régulariser la subjectivisation de la cause dans la considération de la sécurité juridique, la notion traditionnelle de cause du contrat envisage l'urgence de rénovation, et les juristes français ont effectué des recherches approfondies sur les notions de « l'économie du contrat » et du « champ contractuel ». Il convient d'analyser d'abord les notions de but commun et de champ contractuel (1), puis les notions d'économie du contrat et d'interdépendance des contrats (2).

1. But commun et champ contractuel

Le contrôle de la subjectivisation de la cause repose tout d'abord sur l'identification des mobiles qui peuvent être intégrés dans le champ contractuel. Il est nécessaire d'examiner à nouveau la distinction doctrinale entre cause et motif. Différent de la position de M. J. Domat qui écartait certains motifs personnels de la cause dans le contrat, M. H. Capitant cherchait à créer un critère d'appréciation de l'intégration des motifs psychologiques dans le champ contractuel. Selon lui, « le contrat est essentiellement un accord de volontés ; c'est l'accord des volontés qui en délimite le contenu. Tout ce qui a été convenu entre les intéressés, c'est-à-dire ce sur quoi ils se sont mis d'accord, devient élément constitutif du contrat. Au contraire, reste en dehors du champ contractuel, et par conséquent ne peut exercer aucune influence sur la validité des engagements, ce qui n'a pas été connu et voulu par les deux contractants. Or, le motif psychologique qui détermine chacun à s'obliger ne fait pas partie de leur accord de volonté »³⁸³. Plus précisément, M. Capitant pensait que « peu importe même que le créancier ait connu [le motif déterminant du débiteur] en fait ; cela ne suffit pas pour l'intégrer dans le contrat. Il n'en serait autrement que si les parties en avaient fait un élément de celui-ci, c'est-à-dire s'il avait été, pour les deux parties, la raison déterminante de leur accord »³⁸⁴. Dans les propos de cet auteur, on peut trouver que l'intégration des motifs psychologiques dans le champ

³⁸³ H. CAPITANT, *De la cause des obligations : contrat, engagements unilatéraux, legs*, éd. Dalloz, Paris, 1927, n° 4, p. 23.

³⁸⁴ *Ibid.*, n° 4, p. 24.

contractuel repose sur le fait que les motifs doivent être connus et voulus par les deux contractants et deviennent également la raison déterminante de leur accord de volonté.

Sur ce thème, les juristes postérieurs ont d'autres points de vue. D'un côté, certains pensent que la simple connaissance d'une des parties au motif de son cocontractant constitue suffisamment l'intégration de ce motif dans le champ contractuel. M. Ph. Reigné a défini la cause finale comme le « but contractuel commun aux parties ou poursuivi par l'une d'elles et pris en compte par les autres »³⁸⁵. Pour caractériser les mobiles entrés dans le champ contractuel, M^{me} J. Rochfeld a pensé qu'« il faut non seulement que l'élément intentionnel soit déterminant, mais encore qu'il soit commun aux deux parties, ou au moins connu d'elles »³⁸⁶. M. D. Mazeaud a également indiqué que « la cause peut être définie comme le but contractuel commun aux parties, le motif commun, car voulu par l'un et connu par l'autre, qui les ont déterminé à consentir »³⁸⁷. Ces trois auteurs ont en effet une position plus flexible à l'égard de l'intégration des motifs dans la cause (ou dans le champ contractuel). Pour eux, la simple connaissance, par une des parties, du motif de son partenaire, implique suffisamment que ce motif personnel se transforme en motif commun.

D'un autre côté, certains auteurs pensent que la simple connaissance ne vaut pas un accord. M. J. Ghestin souligne « l'importance essentielle de la différence entre le voulu et le connu »³⁸⁸. Selon lui, « dans certaines circonstances, il peut se déduire de la simple connaissance des attentes de l'une des parties l'engagement corrélatif de l'autre d'y répondre, de telle sorte que ce qui était voulu et connu devienne également convenu. Il n'y a pas cependant identité entre ces deux formules, car, dans d'autres circonstances, elles ne coïncideront nullement, nous le verrons »³⁸⁹. L'auteur préconise donc qu'« il faut écarter la simple connaissance du motif déterminant et exiger l'accord exprès ou tacite des parties [sur la contrepartie convenue] »³⁹⁰. Or, M. C. Grimaldi énonce que « la cause doit avoir été convenue »³⁹¹, même si, selon lui,

³⁸⁵ Ph. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993, n° 246, p.271-272 et n° 252, p. 280.

³⁸⁶ J. ROCHFELD, thèse *op. cit.*, n° 268, p. 245.

³⁸⁷ D. MAZEAUD, *La cause, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, éd. Dalloz, 2004, n°22, p. 463.

³⁸⁸ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat, op. cit.*, n° 168, p. 119.

³⁸⁹ *Ibid.*, n° 169.

³⁹⁰ *Ibid.*, n° 156.

³⁹¹ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, thèse Paris II, sous dir. de Y. LEQUETTE, 2005, n° 969, p. 619.

« l'erreur sur la cause ne sera retenue que pour autant que l'élément sans lequel un individu ne se serait pas engagé est entré dans le champ contractuel. Dans cette mesure, le caractère déterminant de l'élément doit avoir été porté à la connaissance du cocontractant »³⁹².

Malgré les différences entre les deux positions doctrinales opposées ci-dessus, le débat présent repose toutefois sur l'unanimité de certains aspects. Tous les auteurs considèrent tacitement l'intégration des mobiles, tant dans le champ contractuel que dans la cause. Cette confusion de notions juridiques exige, donc, au regard de l'article 1108 du Code civil, que le motif intégré au champ contractuel doit être déterminant pour la formation du contrat. Pourtant, ici, le terme de « cause » n'est pas unanimement utilisé dans un sens identique. Selon la majorité des auteurs, les mobiles des parties sont intégrés dans la cause du contrat. Mais, pour M. Ghestin, l'intégration de mobiles doit s'orienter vers la cause de l'obligation, c'est-à-dire la contrepartie convenue³⁹³. La théorie traditionnelle définit la cause du contrat comme « la raison, le ou les motifs, qui ont déterminé chacun des contractants à conclure le contrat »³⁹⁴, en indiquant que « le mobile est individuel ; il n'est pas lié au mobile de l'autre partie, qui, elle aussi, poursuit dans le contrat un but personnel »³⁹⁵. En ce sens, la cause du contrat réside, par nature, à l'extérieur du contrat. Il n'y a donc pas lieu, au moins traditionnellement, d'assimiler la cause du contrat au champ contractuel. Sinon, on devrait rénover la notion traditionnelle de cause du contrat en vue de maintenir l'harmonisation de l'usage du terme juridique. Comme le dit M. Ghestin, au regard de la solution retenue par la Cour de cassation aujourd'hui, « l'expression 'cause du contrat', par son ambiguïté, est inopportune afin de désigner un mobile strictement personnel à l'une des parties »³⁹⁶. Dans l'hypothèse d'un changement conceptuel, la cause du contrat ne désigne, désormais, que les mobiles qui sont intégrés dans le champ contractuel.

En ce qui concerne la relation entre la cause de l'obligation et l'intégration des mobiles dans le champ contractuel, il ne faut pas confondre la fin poursuivie par un

³⁹² *Eod. loc.*

³⁹³ Cf. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, p. 131-140.

³⁹⁴ H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçon de droit civil : Obligations (théorie générale)*, 9^e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 255, p. 262.

³⁹⁵ *Eod. loc.*

des contractants avec son objet attendu dans le contrat. En fait, l'intérêt final poursuivi par une partie ne réside pas dans le contrat. L'arrêt « Point club vidéo » de 1996 a bien montré que l'intérêt venant de l'exploitation de la diffusion des vidéocassettes est en réalité la fin poursuivie par une des parties, les époux Miller. Cette fin économique ne se trouve ni dans le contrat de location des vidéocassettes ni dans le cadre de la convention de création d'un point club vidéo. Or, la contrepartie convenue n'existe que dans le rapport de prestations commutatives entre les parties. Même si le contractant professionnel assume logiquement les obligations de conseil et d'assistance, l'intérêt de l'exploitation du commerce poursuivi par le locataire des vidéocassettes ne vient pas de la prestation de son cocontractant. Ce sont le marché et la clientèle qui déterminent la réalisation du but économique poursuivi par le locataire. Il n'est donc pas raisonnable de confondre le mobile intégré dans le champ contractuel avec l'accord exprès ou tacite des parties sur la contrepartie convenue.

Pour éclairer la relation entre le but commun des parties et le champ contractuel, il est nécessaire d'étudier d'abord la caractéristique déterminante du mobile des parties (a), puis d'indiquer l'essence de la notion de champ contractuel (b).

a). La caractéristique déterminante du mobile et le champ contractuel

Si l'on peut considérer la notion de « champ contractuel » dans le domaine plus large, autrement dit, si on distingue cette notion de la cause du contrat, les mobiles intégrés dans le champ contractuel peuvent être nuancés en fonction de leurs importances. Au cours d'un essai théorique intéressant, M. G. Piette souligne que « l'intérêt majeur de la notion de champ contractuel nous paraît résider dans sa flexibilité »³⁹⁷. Jugeant que les mobiles intégrés dans le champ contractuel sont multiples et constituent des éléments différents du contrat³⁹⁸, cet auteur pense qu'un certain mobile « n'a donc pas à être déterminant, dans le sens où il n'a pas à être un élément essentiel et prépondérant dans la formation du consentement. Il faut, mais il

³⁹⁶ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 136, p. 98, note de bas de page n° 35.

³⁹⁷ G. PIETTE, *La correction du contrat*, vol. 2, éd. PUAM, 2004, n° 602.

³⁹⁸ Cf. *Ibid.*, n° 600.

suffit, qu'il y ait joué un rôle effectif »³⁹⁹. Selon lui, le contrat « n'est qu'un moyen de réaliser le mobile »⁴⁰⁰. Rejoignant l'idée de M^{me} J. Rochfeld⁴⁰¹, il confirme que « le mobile ne peut entrer dans le champ contractuel que s'il participe à l'utilité du contrat et à la poursuite du résultat, revient-il à affirmer que le mobile doit participer à sa propre réalisation »⁴⁰².

Évidemment, M. G. Piette écarte la caractéristique déterminante du mobile, de l'utilité du contrat. L'effectivité du mobile repose non sur une caractéristique déterminante, mais sur la participation à l'utilité du contrat. Ce point de vue n'est pas déraisonnable. En réalité, l'émergence de la notion de « champ contractuel » vient de la recherche du lien entre un certain mobile et la validité du contrat. Cependant, la caractéristique déterminante d'un mobile apparaît avant la formation du contrat et ne repose pas sur l'intégration dans le champ contractuel. Traditionnellement, un mobile intégré dans le champ contractuel peut influencer la vie du contrat à la condition qu'il soit déterminant pour la conclusion du contrat. D'une part, si le mobile est illicite ou immoral, le contrat doit être annulé. D'autre part, si le mobile constituant la cause déterminante et impulsive du contrat, est illusoire et irréel, le contrat subit également une nullité en raison de l'absence de la cause. Au contraire, au regard du concept proposé par M. Piette, dans l'hypothèse que le mobile ne soit pas déterminant pour la conclusion du contrat, même si en tant qu'élément fonctionnel et subsidiaire il est entré dans le champ contractuel, il ne peut pas influencer la vie du contrat. Si l'on accepte ce nouveau concept du mobile, le noyau de la recherche de ce thème repose désormais non plus sur l'intégration des mobiles dans le champ contractuel, mais sur l'influence déterminante des mobiles intégrés ou non intégrés, sur la vie du contrat.

En matière de contrôle de la licéité de la cause de l'acte juridique, la Cour de cassation a déjà consacré cette tendance de rénovation par une jurisprudence rendue le 7 octobre 1998. Dans cet arrêt célèbre, la haute juridiction française a décidé qu'« un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale même lorsqu'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant

³⁹⁹ *Ibid.*, n° 604.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, n° 603.

⁴⁰¹ Voir J. ROCHFELD, thèse *op. cit.*, n° 273 et n° 274, p. 248-249, cet auteur pensait que « le mobile ne devient un élément causal, subjectivement essentiel, que s'il participe à la poursuite du résultat, à la démarche finaliste, à l'utilité du contrat ». Or, « la participation à l'utilité du contrat est l'exigence première de l'insertion d'un mobile. ... Tout mobile peut entrer dans le champ contractuel, à la condition justement d'être causal, c'est-à-dire de s'intégrer à l'utilité du contrat ».

⁴⁰² G. PIETTE, thèse *op. cit.*, n° 603.

de la conclusion du contrat »⁴⁰³. Un motif illicite qui détermine un contractant à la conclusion du contrat n'est pas intégré dans le champ contractuel, il peut toutefois donner lieu à la nullité du contrat.

En matière de contrôle de l'existence de la cause, du fait que la cause de l'obligation repose objectivement sur la contrepartie convenue par les parties, l'examen de la réalité du but commun des contractants ou celui seulement de la réalité du but voulu par l'une, connu par l'autre, ne concerne que la cause du contrat, mobile des parties. Sans aucun doute, la caractéristique déterminante d'un mobile n'a rien à voir avec la réalité de ce mobile, autrement dit, avec le but poursuivi par le contractant. En vue d'avoir un fondement légal, la médiation entre la réalité et la caractéristique déterminante d'un mobile doit être la cause qui peut influencer la vie du contrat. Précisément, pour que le mobile puisse déterminer la vie du contrat, la réalité du mobile est nécessairement intégrée dans l'existence de la cause, condition essentielle de la validité du contrat. L'appréciation de l'existence de la cause repose traditionnellement sur l'analyse du contenu du contrat, dont les prestations réciproques des parties doivent être réelles et recevables. La rénovation contemporaine de la théorie de la cause met l'accent sur l'utilité du contrat, dans laquelle la réalisation de l'attente légitime des parties constitue une condition essentielle d'appréciation. La réalité de la cause du contrat déterminante participe donc, aujourd'hui, à la considération de l'existence de la cause. Or, la cause du contrat non déterminante reste toujours en dehors de cette considération. En se référant à la théorie traditionnelle, selon laquelle la cause du contrat désigne les mobiles personnels extérieurs au contrat, l'appréciation de l'existence de la cause ne vise donc que les mobiles personnels déterminants des contractants en dehors du contrat. Alors, encore une fois, la caractéristique déterminante du mobile est distinguée du champ contractuel.

b) L'essence de la notion de champ contractuel : l'imputabilité

La notion de champ contractuel est toutefois intéressante pour l'appréciation de la vie du contrat, car, malgré les vices du mobile d'un contractant, la confiance de son

⁴⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 285, p. 198 ; *D.* 1999, somme. comm., p. 110, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Rép. Defrénois* 1998, p. 1408, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1998. II. 10202, obs. M.-H. MALEVILLE, *JCP* 1999. I. 114, obs. Ch. JAMIN.

partenaire et la sécurité juridique, quant à elles, doivent être protégées. Même si « aujourd'hui le juge est plus sensible à la flexibilité du lien contractuel qu'à sa rigidité »⁴⁰⁴ et « considère que l'impératif de stabilité contractuelle doit fléchir face au respect de l'ordre public et des bonnes mœurs »⁴⁰⁵, il existe nécessairement certaines différences entre l'appréciation de la licéité de la cause et celle de l'existence de la cause. Dans la dernière, la volonté du contractant joue toutefois un rôle insubstituable.

La réalité du but poursuivi par une des parties contractantes ne dépend pas, en effet, de la connaissance ou de l'accord de son partenaire. C'est la situation objective extérieure au contrat, soit les circonstances autour du contrat qui déterminent la réalité du but poursuivi par le contractant. Mais pourquoi discute-t-on encore de la connaissance ou de l'accord des parties sur ce but ? Le problème ne se trouve pas dans la recherche de la réalité de l'attente finale du contractant, mais réside dans la considération de l'imputabilité en cas d'impossibilité du but poursuivi par le contractant. Précisément, une partie doit-elle assumer une obligation de prévision pour la réalité du but poursuivi par son cocontractant ? Ou bien, la simple connaissance d'un contractant sur le but de son partenaire peut-elle lui imposer une obligation contractuelle de garantir la réalisation du but, même une responsabilité de faute en cas d'impossibilité de ce but ?

Dans la pratique judiciaire traditionnelle de contrôle de la licéité de la cause du contrat, la simple connaissance d'une des parties sur le mobile déterminant illicite ou immoral de son cocontractant constitue suffisamment une faute, qui elle-même impose une responsabilité juridique face à la nullité du contrat. Ce raisonnement semble être également appliqué dans le contrôle de l'existence de la cause dans lequel la réalité de la cause du contrat réside. Or, à partir de l'arrêt de 1998, la Cour de cassation a rompu avec ce raisonnement traditionnel en considération du renforcement de l'efficacité de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le contrôle de la licéité de la cause. Le raisonnement traditionnel de faute subjective du contractant convient-il vraiment et encore au contrôle de la réalité de la cause du contrat ?

Si l'on regarde la nullité du contrat comme sanction juridique, outre que cette sanction vient probablement de l'illicéité de la cause du contrat, l'absence de l'utilité

⁴⁰⁴ D. MAZEAUD, *La cause*, art. *op. cit.*, n° 27, p. 467, la phrase citée est utilisée pour commenter la portée de l'arrêt du 7 octobre 1998 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation.

⁴⁰⁵ *Eod. loc.*

du contrat provoque également la nullité du contrat dont l'irréalité du but économique, poursuivi par les parties, a sa place. Du fait que l'illicéité du contrat porte atteinte à l'intérêt général, il est nécessaire d'établir une barrière rigoureuse dans le contrôle des mobiles illicites ou immoraux. Or, l'absence de l'utilité du contrat ne concerne, en principe, que l'intérêt individuel des parties. La barrière établie pour les mobiles illicites semble un peu sévère quant à la libre disposition de l'intérêt individuel. De plus, le but commun des parties est évidemment différent du but voulu par l'une, connu par l'autre. Le but commun devient déjà une condition essentielle convenue au sein du contrat. Mais le but poursuivi par une des parties ne semble pas suffisamment engager son cocontractant qui l'a seulement connu, sauf que la nature du contrat même met le motif commun des parties en évidence. L'arrêt du « Point club vidéo » de 1996 illustre parfaitement ladite circonstance : le contrat de création du point club vidéo manifeste clairement le but commun des parties.

La simple connaissance d'une partie sur le but de son cocontractant n'implique pas que ce contractant participe aussi à la réalisation de ce but. Une partie des contractants n'assume ni l'obligation de prévision pour la réalité du but personnel de l'autre partie ni l'obligation d'assistance pour la réalisation du but. De plus, la réalité d'un but économique n'est pas toujours simple à prévoir. Sans des investigations intégrales et des analyses précises, il est souvent impossible d'établir une prévision correcte. Du fait que la simple connaissance est généralement insuffisante pour établir une prévision raisonnable, il est donc difficile d'exiger, en cas d'impossibilité du but donné, des quelconques responsabilités d'une partie contractante portant une simple connaissance, sauf que ce contractant assume logiquement l'obligation d'information envers son partenaire au regard de la nature du rapport contractuel. Par conséquent, il n'est pas juste de sanctionner un contractant innocent par le moyen de la nullité du contrat.

La logique du raisonnement ci-dessus a été indirectement confirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt du 27 mars 2007⁴⁰⁶, dans lequel une entreprise souhaitait installer un vidéo club dans un village de 160 habitants où elle avait exploité d'autres commerces. Après la conclusion du contrat de location des vidéocassettes, à cause du problème similaire à celui envisagé par le locataire dans l'arrêt du « Point vidéo club » de 1996, faute de clientèle, cette

entreprise demandait la nullité pour l'absence de cause devant la juridiction. Même si la question concernée semble identique à celle de l'arrêt de 1996, la Cour de cassation rejetait le pourvoi de l'entreprise ci-dessus, au prétexte que le demandeur n'apportait que « des éléments insuffisants à établir l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il avait lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir ». En apparence, l'insuffisance des preuves conduit le juge à annuler le contrat de location. Mais la considération intéressante du juge est, en effet, que le « manque de clairvoyance et de compétence » rend coupable une des parties, sauf que « la situation de fait ou de droit du contractant qui demande la nullité ne lui imposait pas de supporter le risque économique, qui s'est réalisé lors de l'exécution du contrat »⁴⁰⁷. Autrement dit, malgré la connaissance du bailleur au motif déterminant du locataire, l'obligation de prévision n'est pas également partagée entre les parties. Le bailleur n'est pas jugé coupable en cas d'impossibilité du but poursuivi par le locataire des vidéocassettes.

Il existe évidemment une incohérence entre les deux arrêts de 1996 et 2007. Le premier a constaté que les parties ont voulu un but économique commun destiné à l'exploitation d'un commerce, dont la diffusion des cassettes auprès de la clientèle est certaine. Dans le second arrêt, le juge n'a pas cependant analysé la réalité de l'économie commune voulue par les parties et a seulement souligné l'obligation unilatérale de prévoir le risque économique assumé par le locataire. Bien que le juge ne dise que l'insuffisance des preuves sur l'impossibilité de l'exploitation du commerce en évitant d'apprécier économiquement une situation réelle, – c'est-à-dire le nombre d'habitants dans le village où le vidéo club était exploité –, cela nous conduit à un simple raisonnement : si on peut constater l'impossibilité de l'exploitation d'un commerce au regard du chiffre de 1 314 habitants dans le premier arrêt, le nombre de 160 habitants doit, sans aucun doute, amener une conclusion identique dans le second arrêt. La seule raison admissible est, alors, que dans l'arrêt de 2007 la compétence professionnelle et les expériences spéciales d'exploitation du locataire déterminent que la réalisation de son but économique de l'exploitation du

⁴⁰⁶ Cass. com., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-10.452, *D.* 2007, pan., p. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G* 2007. II. 10119, obs. Y.-M. SERINET ; *RDC* 2008/2, p. 231, obs. D. MAZEAUD.

⁴⁰⁷ D. MAZEAUD, obs. *RDC* 2008/2, p. 233-234.

vidéo club ne dépend pas de l'assistance du bailleur, mais que d'un réseau d'affaires spécifique inconnu du bailleur. Le lien entre l'exploitation du vidéo club et l'exercice de ses autres commerces paraît complexe, même pour le bailleur professionnel. Précisément, il n'existe pas un but économique commun poursuivi par les deux parties dans le second arrêt, car l'interprétation du contrat effectuée par le juge montre que le locataire a « des objectifs qu'il avait lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir ». Du fait que le bailleur ne portait qu'une simple connaissance apparente du mobile déterminant du locataire, le juge a donc exonéré l'obligation de prévision de la part du bailleur en refusant la demande du locataire d'annuler le contrat de location des cassettes au nom de l'absence de cause.

Par l'analyse de l'arrêt ci-dessus, on peut trouver que la notion d'« entrer dans le champ contractuel » constitue en effet une condition nécessaire de la formation du but commun poursuivi par les parties. Or, l'irréalité du but commun voulu par les parties implique l'absence de cause du contrat. Si une simple connaissance d'un contractant peut constituer un fait où il veut participer à la réalisation du but poursuivi par son cocontractant, le vice de la connaissance du but concerné provoque facilement l'absence de cause du contrat. Le lien contractuel devient par conséquent très instable, et la sécurité juridique semble faible et non garantie. Pour éviter ce risque, M. J. Ghestin a indiqué qu'« il ne suffit pas que le motif déterminant ait été connu de l'autre partie, il faut absolument qu'il ait été voulu par elles (les parties), qu'il ait fait partie de leur accord de volonté »⁴⁰⁸. La raison est claire que la constatation d'un but commun doit, comme d'un autre élément convenu, avoir son effet juridique direct, c'est-à-dire la contrainte légale. Or, participer à l'accord de volonté des parties est le seul moyen qui peut légalement engager les parties. Cette contrainte impose aux deux parties des obligations de prévision, d'information, d'assistance et de coopération. En cas d'impossibilité de la réalisation du but commun poursuivi par les parties, la conséquence de nullité du contrat doit être assumée par tous les contractants. La jurisprudence de 2007 discutée ci-dessus est justement un constat indirect de cette logique.

⁴⁰⁸ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 173.

Bref, l'appréciation de la réalité du mobile déterminant des parties impose au juge d'avoir une interprétation raisonnable à la conformité entre l'attente personnelle subjective du contractant et les circonstances objectives autour du contrat. Mais, c'est seulement une partie de la mission de l'interprétation du contrat, car le juge doit continuer à expliquer l'influence du résultat d'appréciation ci-dessus sur les obligations et les responsabilités des parties dans le contrat. Or, la conception du champ contractuel oriente l'opération d'interprétation du contrat vers les matières liées strictement avec l'imputabilité des contractants. Même si la rénovation de la théorie de cause entraîne l'extension de l'interprétation du contrat vers les mobiles extérieurs à la convention, la fonction essentielle de l'interprétation du contrat réside encore dans la fin de mettre en évidence les obligations contractuelles tenues par les parties. La référence aux mobiles personnels des parties a pour objet de vérifier les éléments convenus existant dans le champ contractuel, qui influencent les obligations contractuelles des parties, dont le but commun, autrement dit l'économie du contrat, est un bon exemple.

2. Économie du contrat et interdépendance des contrats

L'économie du contrat est considérée comme le but commun des parties ou comme le mobile commun déterminant des parties au sein d'un seul contrat. Cette définition paraît subjective en tant que notion homologue de la cause du contrat. Pour vérifier l'existence de l'économie d'un contrat, le juge doit chercher la commune intention des parties dans le contrat en se référant aux mobiles déterminants à l'extérieur du contrat. Ce processus correspond sans doute à l'exigence de l'article 1156 du Code civil sur l'interprétation du contrat.

Pourtant, l'évolution contemporaine de la jurisprudence a dépassé la connaissance présentée ci-dessus de l'économie du contrat en observant, dans une vision d'ensemble, une opération économique dont plusieurs contrats se sont liés par un but commun. En doctrine, la recherche du groupe de contrats a révélé non seulement l'insuffisance de la théorie traditionnelle de la cause, mais a encore provoqué la rénovation de la conception de l'économie du contrat en relevant

l'interdépendance des contrats dans le groupe. Comme l'a indiqué M. B. Teyssié, « si les conventions ont, chacune, une *causa proxima* différente qui les caractérise, leur confère une originalité au sein du groupe, elles sont unies par une *causa remota* identique. Mieux qu'un simple ciment, elle constitue la cause du complexe contractuel, globalement envisagé. Au cœur de l'ensemble naissent des rapports d'interdépendance, chacune de ses pièces étant, à la fois, insuffisante et indispensable pour la réalisation de l'objectif final, poursuivi par son instigateur »⁴⁰⁹.

L'économie du contrat est toutefois, en tant que finalité de l'opération contractuelle, considérée comme le but commun poursuivi des parties représentant la cause du contrat. Mais la différence se trouve sur l'étendue de l'application de la notion d'économie du contrat. Autrement dit, cette notion doit dépasser la délimitation traditionnelle d'un contrat et devenir une finalité de plusieurs contrats de natures identiques ou différentes, une poursuite commune des contractants qui se lie non pas par un rapport contractuel singulier, mais par une opération d'ensemble économique dont des liens contractuels sont hybrides.

Il s'agit donc de plusieurs notions juridiques corrélatives, mais différentes dans la recherche du groupe de contrats : l'économie du contrat, la cause, l'objet, l'ensemble contractuel, l'interdépendance des contrats et l'individualité des contrats. Pour définir clairement ces notions et interpréter les relations complexes entre elles, il est nécessaire d'effectuer une distinction conceptuelle et technique. D'abord, la cause et l'objet (a), et puis l'indivisibilité et l'interdépendance du lien contractuel (b).

a) Cause et objet

La jurisprudence a employé la notion de cause pour expliquer le but commun ou la poursuite commune des parties. Cela provoque sans doute la subjectivisation de la cause, en théorie. Pourtant, en doctrine, l'économie du contrat correspond plutôt à la définition traditionnelle de l'objet du contrat qu'à la cause du contrat. En effet, la création de la notion d'objet du contrat consiste justement à promouvoir une vision

⁴⁰⁹ B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, préf. de J.-M. MOUSSERON, éd. LGDJ, 1975, n° 176, p. 96.

globale de l'opération contractuelle⁴¹⁰. M. A. Bénabent définit directement l'objet de l'opération contractuelle comme l'économie du contrat⁴¹¹ en précisant qu'« envisagé dans son ensemble, dans son économie générale incluant souvent plusieurs des prestations qu'on vient de voir isolément, le contrat réalise une opération qui doit elle-même être illicite, et qui peut, de plus, faire parfois l'objet d'un contrôle quant à son équilibre⁴¹² ». M^{me} Fabre-Magnan s'interroge sur l'opportunité du fondement légal de l'arrêt « Point club vidéo » de 1996 en indiquant que « le fait que l'exécution du contrat était impossible renvoie à l'absence d'objet, mais entendu comme l'objet du contrat dans son ensemble, et non pas l'objet de chaque obligation prise séparément. Le fondement exprès est cependant la cause, dont il marque un élargissement⁴¹³ ». Or, M. Bénabent met la rénovation jurisprudentielle contemporaine de la notion de cause dans la fonction d'équilibre économique de l'opération contractuelle⁴¹⁴. Il faut donc se demander si cette correction d'emploi du terme juridique peut diminuer la portée rénovatrice de la jurisprudence donnée. La réponse doit être cherchée dans la relation dialectique entre la cause et l'objet.

Malgré le doute qu'exprime M^{me} Fabre-Magnan évoqué ci-dessus, la compréhension sur la notion d'économie du contrat manifeste, en sens inverse, le lien strict entre les deux notions de cause et d'objet. Elle pense que « la notion d'"économie du contrat" sert à identifier la finalité du contrat dans l'esprit et donc dans l'accord des parties. Elle renvoie dès lors principalement à l'objet du contrat. Mais celui-ci est alors perçu de façon plus subjective, par référence avec l'intérêt que les parties entendaient retirer du contrat »⁴¹⁵. Comment interpréter cette « façon subjective » et « l'intérêt » voulu par les parties ? Devons-nous alors accepter un phénomène de subjectivisation de l'objet du contrat ?

Sans affirmer expressément la subjectivisation de l'objet du contrat, M^{me} Fabre-Magnan indique ensuite qu'« en réalité, la finalité du contrat peut renvoyer selon les cas à l'objet ou à la cause. L'objet permet de prendre en considération la finalité

⁴¹⁰ Cf. H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçon de droit civil : Obligations (théorie générale)*, 9^e éd. par F. CHABAS, *op. cit.*, n° 231, p. 231-232, ces auteurs critiquent le point de vue qui ne considère l'objet du contrat que comme une simple ellipse de la notion de l'objet de l'obligation et préconisent que « l'objet du contrat est l'opération juridique que les parties cherchent à réaliser » en indiquant que « cette opération est distincte des prestations promises, qui sont l'objet des obligations » ; voir aussi F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 301 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 1, L'acte juridique*, 13^e éd., *op. cit.*, n° 234, p. 199.

⁴¹¹ Voir A. BENABENT, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n° 141.

⁴¹² *Ibid.*, n° 156.

⁴¹³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 426.

⁴¹⁴ Voir A. BENABENT, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n° 170.

⁴¹⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 426.

commune des parties, l'opération juridique qu'elles avaient en vue, tandis que la cause renvoie à des mobiles individuels, qui sont en principe extérieurs au contrat, mais qui sont pris en considération pour apprécier la licéité de la cause »⁴¹⁶. Même si ce point de vue insiste encore sur la doctrine traditionnelle, selon laquelle la considération de la cause subjective se limite strictement dans le contrôle de la licéité de la cause, il approuve cependant que la finalité du contrat puisse se présenter non seulement en tant qu'opération juridique objective qualifiée comme objet du contrat, mais aussi en tant que mobile subjectif qualifié comme cause du contrat. Un phénomène juridique peut, en même temps, être qualifié par deux notions différentes au regard de ses caractéristiques objective ou subjective. Cette méthode de distinction est contestable, à tout le moins imparfaite, car elle ignore la nature essentielle des notions juridiques concernées.

En fait, la notion de cause repose essentiellement sur un rapport causal, non pas sur un résultat prévu. Mais le rapport causal ne peut se manifester que dans la poursuite d'un résultat prévu. Comme l'a révélé M^{me} J. Rochfeld, « le mobile ne devient un élément causal, subjectivement essentiel, que s'il participe à la poursuite du résultat, à la démarche finaliste, à l'utilité du contrat »⁴¹⁷. Si l'objet de l'obligation est défini comme la prestation tenue par le débiteur dans le contrat synallagmatique, la cause de l'obligation doit être regardée comme la réciprocité des prestations entre les parties en mettant l'accent sur la contrepartie convenue. Si l'objet du contrat est considéré comme l'opération contractuelle globale, la cause du contrat doit alors résider dans la compatibilité entre le but commun poursuivi par les parties et les contrats composants du groupe, en faisant état de l'utilité des contrats.

L'économie du contrat est, par nature, non l'opération juridique elle-même, mais l'objectif de cette opération. Si l'objet du contrat doit être défini comme l'opération juridique elle-même, l'économie du contrat n'est que le but économique à réaliser pour l'objet du contrat, autrement dit, l'intérêt global voulu par les parties. Cependant, la doctrine contemporaine n'a pas donné une réponse claire et harmonieuse sur ce thème.

Pensant qu'« objectivement, elle [l'économie du contrat] représente l'opération globale que veulent réaliser les parties – ses éléments et sa structure ; subjectivement,

⁴¹⁶ *Ibid.*, n° 171, p. 427.

elle donne corps à l'union des volontés dont on cherche le sens réel »⁴¹⁸, M. S. Pimont définit enfin l'économie du contrat comme « l'opération globale et concrète que veulent réaliser les parties » représentant « sous une forme objective le point de convergence des volontés »⁴¹⁹. Selon lui, « cette opération est une structure ordonnée d'effets de droit apte à réaliser une fonction économique précise. Elle constitue donc la matière ou le contenu économique du contrat. Comprise de cette manière, l'économie du contrat, à laquelle les parties, mais aussi le législateur, doivent un égal respect, est la norme produite par le contrat, la loi des parties au sens de l'article 1134 du Code civil »⁴²⁰. M. J. Ghestin partage cette opinion et indique que « la prise en considération de l'économie du contrat met l'accent sur le fait qu'il s'agit d'une structure globale, d'un ensemble cohérent, organisé et ordonné, considéré comme un tout, en ce qu'il regroupe un ensemble de normes ou règles articulées entre elles, dont la finalité est l'opération juridique poursuivie par les parties »⁴²¹. Évidemment, selon ce point de vue, l'économie du contrat est considérée comme l'opération juridique elle-même convenue par les parties. Par conséquent, l'économie du contrat est assimilée à l'objet du contrat.

Une autre opinion est également exprimée par certains auteurs qui effectuent une distinction entre l'opération contractuelle elle-même et l'économie du contrat. M. A. Bénabent affirme qu'« il faut également, ..., envisager l'économie du contrat pris dans son ensemble, c'est-à-dire l'objet de l'opération contractuelle »⁴²². Dans ce propos, l'auteur regarde « l'économie du contrat dans son ensemble » comme « objet » de l'opération contractuelle, mais non comme opération elle-même. Si cette expression n'est pas assez évidente pour la distinction entre l'économie du contrat et l'objet du contrat, M. J.-M. Marmayou a cependant fait le constat que « l'économie générale du contrat exprime la cause propre de l'ensemble contractuel auquel il appartient »⁴²³. M. S. Pellé se rapproche de cet avis, en disant que « l'économie générale de l'opération permet de faire sortir la cause du cercle restreint du contrat lorsque celui-ci s'insère avec d'autres dans un ensemble contractuel pour la

⁴¹⁷ J. ROCHFELD, thèse *op. cit.*, p. 247-248.

⁴¹⁸ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. de J. BEAUCHARD, éd. PUAM, 2004, n° 151, p. 105.

⁴¹⁹ *Ibid.*, n° 274.

⁴²⁰ *Eod. loc.*

⁴²¹ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 1217, p. 788.

⁴²² A. BENABENT, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., *op. cit.*, n° 141.

réalisation d'une opération globale »⁴²⁴. Aussi, existe-t-il donc une concurrence entre la cause et l'objet sur la qualification de l'économie du contrat. Selon M. Pellé, « l'économie exprime la complémentarité qui existe entre l'objet et la cause. ... En effet, ... il semble aujourd'hui acquis que le contenu du contrat se situe au carrefour de l'objet et la cause »⁴²⁵. Cet auteur précise qu'« il est admis que l'objet est la concrétisation de la cause, tandis que la cause constitue le soutien nécessaire de l'objet »⁴²⁶. Si l'économie du contrat est plus proche de la cause par rapport à l'objet, elle désigne en effet l'intérêt économique voulu par les parties, ou voulu par l'une accordé par l'autre, mais non l'opération juridique destinée à le réaliser. Autrement dit, l'économie du contrat est un but subjectif, non un moyen objectif. Mais ce but subjectif n'est pas absolu. Il peut, en pratique, être apprécié au critère objectif, c'est-à-dire une appréciation de la réalisabilité, de la faisabilité ou de la rentabilité. Or, l'opération juridique convenue par les parties, en tant que moyen de réaliser l'économie du contrat, caractérise la notion d'objet du contrat.

Bref, la discussion ci-dessus peut révéler la nature juridique de l'économie du contrat et renforcer notre connaissance sur la rénovation de la théorie de cause provoquée par la jurisprudence, depuis les années 1990. Pourtant, le rapport strict entre l'économie du contrat et l'indivisibilité des contrats du groupe donne lieu à une nouvelle controverse relative au fondement légal véritable des arrêts rénovateurs donnés.

b) Indivisibilité et interdépendance du lien contractuel

Dans les groupes de contrats, l'économie du contrat ne peut pas, en général, être trouvée au moyen de l'analyse d'un seul contrat composant du groupe. Comme il s'agit de l'objectif économique d'un ensemble contractuel, l'économie de chaque contrat composant ne peut apparaître que dans l'opération d'ensemble contractuel. Autrement dit, la cause du contrat est intégrée dans la poursuite du but d'un ensemble contractuel. Dans certains cas, le but du contrat principal reflète souvent l'économie

⁴²³ J.-M. MARMAYOU, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les même parties (méthode de distinction)*, préf. de J. MESTRE, éd. PUAM, 2002, n° 570.

⁴²⁴ S. PELLE, *La notion de l'interdépendance contractuelle*, préf. de J. FOYER et M.-L. DEMMESTER, éd. Dalloz, 2007, n° 270, p. 239.

⁴²⁵ *Ibid.*, n° 269.

d'un ensemble contractuel. Or, la réalisation de l'économie de l'ensemble contractuel dépend de l'exécution intégrale de chacun des contrats du groupe. Cela exige donc une collaboration de tous les contrats composants sous l'orientation de l'économie de l'ensemble contractuel. Cette relation de collaboration est interprétée comme une interdépendance ou une indivisibilité des contrats, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

α- Définition de l'indivisibilité contractuelle

Si l'on trouve que la cause constitue le fondement légal de l'économie du contrat dans le Code civil, l'interdépendance des contrats du groupe recourt alors aux règles légales sur les obligations divisibles et indivisibles dont « les articles 1217 et 1218 du Code civil sont traditionnellement perçus comme les articles clés en matière d'indivisibilité »⁴²⁷. Cependant, selon l'article 1217 du Code civil, « l'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui, dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle ». Cet article consacre, en réalité, que la divisibilité de l'obligation dépend de la divisibilité de l'objet de l'obligation. Évidemment, cette règle légale ne concerne pas les relations d'interdépendance des contrats du groupe qui ne sont pas caractérisées par l'objet de l'obligation contractuelle. Quant à l'article 1218, les rédacteurs du Code civil affirment que « l'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle ». Cette règle fait état du rapport contractuel pour apprécier l'indivisibilité de l'obligation. Comment définir le terme « rapport » employé dans l'article 1218 du Code civil ?

La rédaction imprécise de l'article 1218 le rendant difficile pour sa compréhension, les juristes postérieurs au Code civil ont eu recours à la pensée des jurisconsultes classiques, tel Dumoulin et Pothier. Estimé comme « le grand

⁴²⁶ *Eod. loc.*

⁴²⁷ S. PELLE, *thèse op. cit.*, n° 127, p. 113 ; voir aussi, J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat, op. cit.*, n° 956.

simplificateur » de la théorie de Dumoulin⁴²⁸, Pothier classifiait l'indivisibilité de l'obligation en trois catégories : l'indivisibilité *contractu*, l'indivisibilité *obligatione* et l'indivisibilité *solutione tantum*⁴²⁹. Les deux premières catégories concernent la nature de la chose qui constitue l'objet de l'obligation contractuelle. Pour la première catégorie, la nature matérielle et intellectuelle de la chose écarte absolument la possibilité d'une division. Or, quand l'indivisibilité de la chose est déterminée non par la nature de la chose, mais par une certaine considération des parties contractantes dans l'utilité de l'objet de l'obligation, il s'agit d'une indivisibilité relative de la chose correspondant à la deuxième catégorie indiquée par Pothier. Cette circonstance est illustrée, par exemple, par l'obligation de construction d'une maison pour laquelle Pothier souligne qu'en tant qu'objet de l'obligation, la maison à construire doit se manifester reconnaissable en tant que telle, malgré le possible échelonnement des travaux de construction⁴³⁰. Quant à la troisième catégorie, l'indivisibilité *solutione tantum*, Pothier pensait que « c'est celle qui ne concerne que le paiement de l'obligation, et non l'obligation même, lorsque la chose due est par elle-même divisible et susceptible de parties, et peut être due pour parties, soit aux différents héritiers du créancier, soit par les différents héritiers du débiteur, mais ne peut être payée par parties »⁴³¹.

Sous l'influence de la pensée de Dumoulin et de Pothier, le Code civil français a consacré le régime d'indivisibilité de l'obligation à la section V du chapitre IV du titre III (articles 1217 à 1225) : les trois premiers articles 1217, 1218 et 1219 sont des stipulations générales. Cependant, ces stipulations générales ne proviennent pas d'une simple transposition des trois catégories d'indivisibilité interprétées par Pothier. L'article 1219 ne distingue que la nature de la solidarité du caractère d'indivisibilité. L'article 1217 consacre l'indivisibilité matérielle et intellectuelle de l'objet de l'obligation, mais ignore l'indivisibilité *solutione tantum*. Or, l'article 1218 a une signification plus mystérieuse. Même s'il a été considéré que cet article relève de l'indivisibilité *obligatione*, le doute existe encore sur l'interprétation de l'expression du « rapport sous lequel [celle-ci] est considérée dans l'obligation » dans le texte

⁴²⁸ Cf. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil : des obligations*, t. II, 2^e éd. Tenin, 1902, p. 409 ; S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle*, thèse *op. cit.*, n° 124 ; voir aussi, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil* (après le traité de Planiol), t. II, Obligations et droits réels, *op. cit.*, n° 1857.

⁴²⁹ Voir R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. 1^{er}, in « Œuvre de Pothier », Paris, éd. Siffrein, 1821, n° 292-n° 295.

⁴³⁰ *Ibid.*, n° 293, p. 283.

⁴³¹ *Ibid.*, n° 295.

légal. La doctrine pense, majoritairement, que l'article 1218 exprime une circonstance d'indivisibilité relative par rapport à l'indivisibilité absolue prévue par l'article 1217⁴³². Or, pour certains auteurs contemporains, cet article n'affirme en fait que l'existence d'une indivisibilité subjective résultant de la commune intention tacite des parties. Autrement dit, il ne s'agit pas de la nature de l'objet de l'obligation⁴³³. Ce dernier point de vue souligne le rôle déterminant de la volonté des parties contractantes dans l'appréciation de l'indivisibilité de l'obligation. Mais la contrainte du rapport contractuel à l'objet de l'obligation repose principalement, au regard de l'économie du contrat, sur une utilité objective de la chose ou du fait. Comme l'a révélé M. S. Pellé, « ce qui compte, c'est l'objet de la volonté et non la volonté elle-même⁴³⁴ ».

Le rapport contractuel participe d'un fait objectif, qui se caractérise par l'opération contractuelle voulue par les contractants. Selon le contenu de l'article 1218, le rapport contractuel « ne rend pas [la chose divisible] susceptible d'exécution partielle ». Analysant cette phrase, deux indices importants émergent : en premier lieu, la fonction logique du rapport contractuel prévaut sur la nature de l'objet de l'obligation ; en deuxième lieu, l'appréciation du rapport contractuel ne vise que l'exécution de l'obligation, mais non l'obligation elle-même. Il semble donc que le sens de l'article 1218 dépasse la délimitation de la notion « indivisibilité *obligatione* » et touche la notion « indivisibilité *solutione tantum* », car l'exécution de l'obligation comprend, au sens strict, le paiement de l'obligation. Autrement dit, l'article 1218 distingue attentivement la nature de l'engagement, de la nature de la chose considérée comme l'objet de l'obligation. Mais à l'inverse, il mélange l'obligation elle-même et l'exécution de l'obligation. Or, l'indivisibilité *obligatione* désigne une indivisibilité rationnelle de la prestation dont l'intégrité de l'objet de l'obligation est objectivement exigée. Pothier prenait pour exemple le cas de construction d'une maison qui correspond justement à ce cas. Même si l'exécution du contrat de construction d'une maison est divisible, les débiteurs doivent finir tous les travaux nécessaires et livrer finalement au créancier une maison intégrale, au sens ordinaire du terme. L'indivisibilité *solutione tantum* ne concerne pas directement l'intégrité de l'objet de l'obligation, mais concerne uniquement son entière exécution

⁴³² Voir par ex. : Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. III, 1870, n° 525, p. 532 ; A. DURANTON, *Traité des contrats et des obligations en général*, t. II, 1821, p. 335.

⁴³³ Voir G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2 : Le régime, 2^e éd. Sirey, 1989, n° 95.

au regard de l'attente finale du créancier. Dans un autre exemple relatif à la livraison d'une pièce de terre, Pothier soulignait le rôle déterminant des fins poursuivies par le créancier dans l'appréciation de l'indivisibilité de l'exécution de l'obligation de livraison⁴³⁵. En ce cas, même si l'objet de l'obligation est divisible, la livraison de cet objet doit être entièrement et en même temps effectuée afin de réaliser l'utilité de la prestation tenue par le débiteur. La différence essentielle entre l'indivisibilité *obligatione* et l'indivisibilité *solutione tantum* se manifeste dans la distinction entre l'indivisibilité de l'objet de l'obligation et l'indivisibilité des comportements d'exécution. Ainsi, ces deux catégories d'indivisibilité reposent sur un fondement logique analogue : l'utilité des prestations contractuelles dans laquelle il faut faire référence au but commun des parties, ou au moins à la fin poursuivie par l'une, accordée par l'autre, autrement dit, la cause du contrat ou l'économie du contrat. C'est la raison pour laquelle la grande majorité des juristes français a habituellement distingué l'indivisibilité de l'obligation en deux sortes : l'indivisibilité naturelle et l'indivisibilité conventionnelle⁴³⁶.

En effet, la référence aux fins des contractants ne constitue pas le fondement direct de l'indivisibilité d'une obligation, car elle n'est qu'un élément référentiel destiné à mieux analyser l'utilité objective des prestations contractuelles. Or, l'utilité des prestations contractuelles relève essentiellement d'une qualité du contrat influant la finalité objective de ce dernier. L'appréciation de l'utilité des prestations repose non seulement sur la volonté des contractants, mais également sur la réalisabilité objective du but poursuivi par les parties. L'indivisibilité *obligatione* et l'indivisibilité *solutione tantum* ne relèvent donc pas d'un résultat conventionnel, mais d'une appréciation rationnelle extrinsèque opérée généralement par la juridiction. Le constat vient de la jurisprudence dans laquelle la Cour de cassation a annulé l'effet de la clause de divisibilité des contrats corrélatifs dans un contrat, convenu par les parties, en raison de « la contradiction avec l'économie générale du contrat »⁴³⁷.

⁴³⁴ S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle*, thèse *op. cit.*, n° 137, p. 121.

⁴³⁵ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 296.

⁴³⁶ Cf. MM. H., L. et J. MAZEAUD, Fr. CHABAT, *Leçons de droit civil : Obligations*, *op. cit.*, n° 1075 ; A. BENABENT, *Droit civil : Les obligations*, 12^e éd., *op. cit.*, n° 789 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1266- n° 1268.

⁴³⁷ Voir Cass. com., 15 fév. 2000, *D.* 2000, somm. comm., p. 364, obs. P. DELEBECQUE ; *Rép. Defrénois* 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. PAGES.

L'article 1218 du Code civil n'exprime pas explicitement une indivisibilité conventionnelle dominée par la volonté des contractants. Cet article ne doit pas cependant être considéré comme complément de l'article 1217⁴³⁸, car il met l'accent non sur la nature de la chose qui fait l'objet de l'obligation, mais sur le rapport logique d'obligations déterminé par l'économie du contrat. La doctrine dominante affirme, toutefois, l'existence d'une indivisibilité conventionnelle en indiquant son expression légale dans l'article 1221, alinéas 4 (tacite) et 5 (expresse)⁴³⁹. Mais il n'est pas évident que le texte donné consacre l'autonomie de la volonté des parties sur l'indivisibilité ou la divisibilité de l'obligation. L'indivisibilité de l'obligation ne repose pas essentiellement sur le sujet du comportement contractuel⁴⁴⁰. Elle ne souligne que la sauvegarde de l'intégrité de l'objet de l'obligation ou de l'intégrité de l'obligation elle-même, le nombre des héritiers du débiteur qui sont tenus d'exécuter les obligations prévues n'influe pas, en principe, sur l'indivisibilité de l'obligation. L'article 1221, alinéa 4, du Code civil implique que l'obligation divisible peut être librement disposée par un des contractants dans l'action d'héritage. Or, l'alinéa 5 du même article ne traite pas l'obligation divisible, mais il synthétise en effet les trois sources de l'obligation indivisible posées par Dumoulin et Pothier. Il faut analyser le sens du texte qui stipule que « lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement ». Cette expression devient, sans doute, le fondement principal sur lequel l'indivisibilité conventionnelle repose. Mais si les rédacteurs du Code civil de 1804 se sont fidèlement inspirés de la doctrine de Pothier sur l'indivisibilité de l'obligation, l'expression ci-dessus concernait la catégorie « l'indivisibilité *solutione tantum* ». Selon la discussion précédente, l'esprit de cette catégorie d'indivisibilité semble chercher à constater la fonction de référence de l'intention des parties contractantes dans l'appréciation sur l'intégrité de l'exécution de l'obligation, mais non à consacrer l'autonomie de la volonté sur l'indivisibilité de l'obligation. Selon le texte de l'article 1221, alinéa 5, les rédacteurs du Code civil mettaient l'intention des contractants

⁴³⁸ Contra. S. PELLE, *thèse op. cit.*, n° 137, p. 121, cet auteur pense que « sur l'articulation entre ces deux dispositions, nous pouvons dire que l'article 1218 vient préciser l'article 1217. (...) Il est donc plus précis que l'article 1217 et vient le compléter en précisant un cas d'obligation indivisible ».

⁴³⁹ Art. 1221 du Code civil stipule que « le principe établi dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur : ... 4) lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ; 5) lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. (...) ».

derrière les trois circonstances possibles et la considère comme la base de l'obligation contractuelle. Cette expression affirme toutefois trois sortes d'indivisibilité de l'obligation : celle de la nature de l'engagement, celle de la chose qui en fait l'objet, celle déterminée par la fin du contrat. Derrière ces trois sortes d'indivisibilité, c'est l'intention des contractants qui programme essentiellement l'exécution de l'obligation contractuelle et l'acquittement de la dette. Mais cette présence de volonté résulte d'une présomption des indivisibilités données, non l'inverse. Il n'existe donc pas une indivisibilité conventionnelle dans le texte légal.

Refuser l'indivisibilité conventionnelle n'implique pas que l'indivisibilité naturelle de l'obligation devienne la seule source de la notion d'indivisibilité. En effet, la considération de la fin du contrat ou de l'économie du contrat provoque, à l'extérieur de la nature de l'engagement abstrait et de la chose concrète, un troisième critère de mesure qui se caractérise par un raisonnement logique d'utilité objective, en se référant à la fin subjective des contractants. Or, en pratique, la réalisabilité et la légalité de cette fin subjective doivent être appréciées par le juge avant un constat d'indivisibilité, en vue de sauvegarder la légitimité minimum de l'opération contractuelle.

Cette observation mixte n'est pas une simple restructuration de la doctrine majoritaire, car elle diffère à la fois des opinions qui fondent explicitement ou implicitement l'indivisibilité sur la volonté libre des parties⁴⁴¹ et également de ce qui réduit exclusivement l'indivisibilité générale à la nature de l'objet des obligations⁴⁴². D'une part, l'indivisibilité naturelle ne peut pas représenter toutes les circonstances de l'indivisibilité, car elle ignore le rôle-clé de la volonté des parties dans l'appréciation de l'objet du contrat et de la fin des contractants. D'autre part,

⁴⁴⁰ Voir S. PELLE, thèse *op. cit.*, n°s 143–145, cet auteur a le mérite de distinguer l'indivisibilité de la solidarité.

⁴⁴¹ Voir A. CONSTANTIN, obs., l'arrêt du 15 juin 1999 par Cass. com, *JCP G*, 2000, I, 215, n° 8, cet auteur pense que « la source fondamentale de l'indivisibilité entre (contrats) réside dans la volonté des parties (...). Les juges du fond peuvent alors déduire souverainement de certains éléments de fait la commune intention tacite des parties » ; voir aussi J. MOURY, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.*, 1994, p.255, spéc. n° 10, p. 258, disant que « à la différence de l'indivisibilité de l'obligation, que règlent ces dispositions, seule d'ailleurs à pouvoir être strictement matérielle, l'indivisibilité portant sur une pluralité d'obligations ou de contrats paraît essentiellement subjective. » ; F. MAUGER, *La qualification d'indivisibilité entre les contrats*, in Études offertes à B. MERCADAL, éd. Fr. Lefebvre, 2002, p. 205 et s., cet auteur préconise que « lorsque cette volonté (d'indivisibilité) des parties est expressément formulée, l'indivisibilité entre les contrats n'est que l'expression de la commune intention des contractants. (...) Le contrat est, avant tout, une manifestation de l'autonomie des volontés ». ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 960.

⁴⁴² Voir S. PELLE, thèse *op. cit.*, n° 154, en cherchant à réduire l'indivisibilité à la seule indivisibilité naturelle.

l'appréciation de l'indivisibilité ne doit pas exclusivement reposer sur l'interprétation subjective du fait contractuel, dont une recherche de la commune intention des contractants. Même si l'interprétation subjective peut révéler la fin économique poursuivie et l'opération contractuelle voulue par les parties, ces deux éléments importants ne sont pas suffisants pour établir un constat d'indivisibilité des obligations ou des contrats. En effet, l'indivisibilité reflète essentiellement un lien causal entre les obligations ou les contrats sous l'empire de l'utilité objective destinée à réaliser l'économie du contrat, autrement dit, une relation d'interdépendance distincte de la chose concrète, de l'obligation elle-même et de la fin subjective des contractants. En ce cas, l'interprétation du contrat ne doit donc pas se limiter à la volonté des parties. L'environnement extérieur du contrat fournit un critère d'expérience pour examiner la rationalité de l'attente subjective des contractants. D'ailleurs, en cas d'incompatibilité entre la fin poursuivie et l'opération contractuelle prévue par les parties, l'interprétation subjective du contrat repose souvent sur une présomption un peu divinatoire, dans laquelle la volonté véritable des contractants est toujours raisonnable pour maintenir la compatibilité entre le but et le moyen. Or, cette présomption recourt en fait à une appréciation d'utilité objective de l'opération contractuelle prévue. Comme l'indique M. S. Pellé, « dès lors, cette fausse indivisibilité qui réapparaît aujourd'hui sous les traits de l'indivisibilité subjective ne peut masquer qu'un faux concept, dénué de toute signification juridique véritable. En effet, ... l'indivisibilité est par essence objective. L'indivisibilité subjective n'existe pas. Il s'agit donc d'un nouvel artifice »⁴⁴³.

Pourtant, les juridictions ont appliqué la présomption d'indivisibilité subjective dans de nombreux arrêts⁴⁴⁴. M. Ph. Simler a révélé que « selon les termes exprès de la Cour de cassation, la notion d'indivisibilité est une application du principe d'autonomie de la volonté⁴⁴⁵ ». Mais l'obscurité de la signification de cette notion est sans doute indéniable. M. Simler lui-même a enfin pensé que « la notion d'indivisibilité est devenue tellement confuse qu'il est préférable de l'utiliser le

⁴⁴³ *Ibid.*, n° 157.

⁴⁴⁴ Voir par ex. : Cass. civ. 8 avril 1924, *DP* 1924.1.118 ; 19 fév. 1929, *S.* 1929. I. 270 ; 13 nov. 1929, *DP* 1929.1.131 ; 29 janv. 1930, *DP* 1932.1.57 ; 2 juill. 1958, *Bull.*, 1958. I, n° 352, p. 284 ; 27 nov. 1963, *Bull.* 1963. I, n° 520, p. 436 ; 9 mars 1964, *Bull.*, 1964. I, n° 134, p. 99 ; Cass. soc., 5 mars 1959, *Bull.*, 1959. IV, n° 333, p.274 ; Civ., 16 juill. 1951, *Bull.*, 1951. I, n° 33, p. 173 ; 26 juin 1963, *Bull.*, 1963. I, n° 347, p. 296.

⁴⁴⁵ Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Strasbourg, éd. LGDJ, 1969, n° 303, p. 371.

moins possible⁴⁴⁶ ». M. Pellé critique que l'indivisibilité subjective donne lieu à « un véritable danger pour la sécurité juridique⁴⁴⁷ ».

Ces règles légales du Code civil sont-elles encore applicables aux relations contractuelles imbriquées d'aujourd'hui ? La majorité des juristes contemporains porte un jugement négatif, car les articles de 1217 et suivants du Code civil ne visent que l'indivisibilité de l'obligation unique, non l'indivisibilité des clauses contractuelles, des obligations et des contrats⁴⁴⁸. Cependant, en pratique judiciaire, comme l'a révélé M. Ph. Delebecque, « l'application de l'indivisibilité entre les actes juridiques, même si elle n'est pas toujours très orthodoxe, s'avère très commode⁴⁴⁹ ». C'est l'absence d'un fondement légal exact qui conduit les juges à emprunter le terme juridique déjà formulé dans le Code civil pour réaliser un traitement régulier en forme. Cette incohérence de norme provoque des essais doctrinaux et jurisprudentiels dont certains auteurs préconisent de substituer la notion d'interdépendance contractuelle à celle d'indivisibilité des contrats. Selon M. S. Pellé, « à s'en tenir au Code [civil], l'indivisibilité est étrangère aux relations entre contrats. Il semble que le qualificatif d'indivisibilité des contrats soit purement et simplement abusif⁴⁵⁰ ».

β- Notion d'interdépendance contractuelle

La relation d'interdépendance entre les contrats peut en effet être interprétée par une indivisibilité, car le mot « indivisibilité » n'est jamais limité dans l'usage d'une indivisibilité naturelle. Les articles 1218 et 1221, alinéa 5, du Code civil manifestent déjà une logique de raisonnement d'indivisibilité sous l'empire de la fin économique

⁴⁴⁶ *Ibid.*, n° 310, p. 379.

⁴⁴⁷ Voir S. PELLE, thèse *op. cit.*, p. 135.

⁴⁴⁸ Voir Ph. SIMLER, thèse *op. cit.*, n° 292, p. 356, en indiquant que « l'intérêt de ces textes (art. 1217 à 1225) n'est que très limité. Ils ne concernent, en effet, qu'un usage particulier du concept que nous étudions : l'indivisibilité D'UNE OBLIGATION ayant plusieurs débiteurs ou créanciers. Or, ce qui nous intéresse essentiellement, c'est l'indivisibilité ENTRE LES OBLIGATIONS, entre les stipulations d'un même acte juridique ». ; J. MOURY, *article, op. cit.*, n° 3, jugeant que la notion d'indivisibilité utilisée dans l'appréciation des relations entre les stipulations d'un contrat, entre les obligations plurales par leur objet, ou entre les contrats du groupe « n'a plus rien de commun avec celle des articles 1217 et suivants [du Code civil] ». ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, préf. de M. CABRILLAC, éd. Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999, n° 17, p. 34, cet auteur pensant que « les manifestations de l'indivisibilité dans le droit positif n'ont vraiment rien à voir avec l'hypothèse particulière du Code civil, et il est alors vain de rechercher des points communs ». ; M. BACACHE, *Rép. civ. Dalloz, v° Indivisibilité*, 2001, n° 76, indiquant que « contrairement à l'indivisibilité de l'obligation (régie par les articles 1217 et s.), l'indivisibilité entre les contrats n'a pas été prévue par le Code civil ». ; S. PELLE, thèse *op. cit.*, observant que « cette "indivisibilité" (des contrats) est en réalité un lien d'indivisibilité totalement détachée du support textuel des articles 1217 et suivants du Code civil et qui renverse la logique de la notion dont elle emprunte le nom, ou plutôt devions-nous dire dont elle usurpe le nom ».

⁴⁴⁹ Ph. DELEBECQUE, *J.- CL. civ.*, fasc. art. 1217 à 1225, n° 11.

⁴⁵⁰ S. PELLE, thèse *op. cit.*, n° 116, p. 106.

du contrat, qui est essentiellement distincte de la nature matérielle ou intellectuelle d'une chose ou d'un fait. Ainsi, on ne peut confondre l'interdépendance entre les contrats indivisibles ni avec l'économie du contrat ni avec l'opération d'ensemble contractuel. L'économie du contrat représente la fin poursuivie par les parties et reflète le lien causal entre le but du contrat et l'opération contractuelle. Or, l'opération d'ensemble contractuel constitue l'objet du contrat qui participe de la modalité globale destinée à réaliser le but du contrat. L'interdépendance entre les contrats indivisibles réside dans l'opération d'ensemble contractuel.

Bien que la relation contractuelle imbriquée ne soit pas dans les hypothèses initiales des rédacteurs du Code civil de 1804 sur les obligations divisibles et indivisibles, les articles concernés du Code peuvent toutefois nous fournir certaines indications intéressantes en cette matière. Les considérations de la fin du contrat et du rapport contractuel dans les règles prévues par le Code civil s'appliquent à la relation contractuelle imbriquée. Dans ces considérations, il s'agit déjà d'économie contractuelle, de cause du contrat représentant la volonté déterminante des parties, et d'objet du contrat regardé comme l'opération contractuelle. C'est la raison pour laquelle de nombreux arrêts de contrats imbriqués reposent, de ce fait, sur les articles 1217 et suivants du Code civil, malgré les incohérences évidentes entre les fondements légaux relatifs à l'obligation contractuelle singulière et la relation contractuelle imbriquée.

M. Pellé critique que cette application confondue du fondement légal cache un glissement de l'indivisibilité au lien d'indivisibilité⁴⁵¹. Cette observation considère l'indivisibilité uniquement comme une situation naturelle de la chose ou du fait. Or, l'indivisibilité, abordée par le Code civil, comprend en effet le cas d'indivisibilité du lien entre les comportements d'exécution d'une obligation contractuelle. Quant à l'indivisibilité subjective, en tant que critère d'appréciation jurisprudentiel et doctrinal, la recherche de la commune intention des parties peut traverser toutes les relations contractuelles, simples ou imbriquées. Par conséquent, il n'y a pas d'intérêt à distinguer les rapports contractuels au regard de la complexité de l'opération. Dans ce cas, le fondement légal des indivisibilités d'une obligation, des obligations ou des contrats, est exclusivement identique, dont l'article 1156 du Code civil, règle générale de l'interprétation du contrat, est l'expression la plus claire de cette

⁴⁵¹ *Ibid.*, n° 113 et n° 114.

catégorie d'indivisibilité. De plus, l'interprétation subjective du contrat ne se limite plus à un seul contrat. Elle s'étend à un ensemble de relations contractuelles.

Cependant, réduire le rapport d'indivisibilité ou d'interdépendance entre les contrats du groupe à une disposition libre venant de la commune intention des parties semble trop simple devant la pluralité du fait contractuel concret. D'une part, les parties contractantes sont en général convenues non de l'indivisibilité ou de l'interdépendance des contrats, mais de l'économie du contrat, et de l'objet de l'obligation et du contrat. En l'occurrence, la question d'indivisibilité ou d'interdépendance n'est posée qu'en cas d'anéantissement (annulation, résolution ou résiliation) de certain(s) contrat(s) composant(s) d'une opération d'ensemble de contrats. Le juge s'occupe alors d'apprécier le rapport entre le contrat en question et l'opération d'ensemble contractuel ; il considère également l'influence de l'anéantissement de ce contrat sur la réalisation de l'économie du contrat. La recherche de la commune intention des parties ne peut donc pas être une solution claire et précise. Or, l'appréciation objective faite par le juge se référant aux éléments non intentionnels est le moyen unique de qualifier l'indivisibilité ou l'interdépendance des contrats. D'autre part, même si les parties contractantes sont convenues d'une indivisibilité ou d'une divisibilité entre les contrats, le juge peut, en réalité, ignorer cette expression de volonté par les parties au regard du critère objectif⁴⁵². En l'occurrence, la réalisation de l'économie du contrat est privilégiée sur les dispositions de moyen convenues dans l'opération contractuelle au regard d'une exigence de cohérence interne de l'opération d'ensemble contractuel. La volonté des parties est en effet limitée par les règles d'ordre public. L'interprétation objective du contrat est plus applicable que celle subjective, ou bien, une interprétation mixte du contrat paraît légitime.

Pour distinguer la relation contractuelle imbriquée de la relation d'indivisibilité de l'obligation du contrat consacrée par les articles existant dans le Code civil, l'établissement de la notion d'interdépendance contractuelle dans le droit positif n'est

⁴⁵² Voir Cass. com., 15 fév. 2000, *D.* 2000, somm. comm., p. 364, obs. P. DELEBECQUE ; *Rép. Defrénois* 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. PAGES ; **rapp.**, Cass. com., 27 oct. 1998, *Rép. Defrénois* 1999, p. 1318, obs. D. MAZEAUD ; 15 juin 1999, *D.* 2000, somm. comm., p. 363, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2000, I, 215, obs. A. CONSTANTIN ; *CCC* 1999, comm. n° 173, note L. LEVENEUR.

pas inadmissible. En fait, outre les indices jurisprudentiels⁴⁵³, les rédacteurs des avant-projets de la réforme du droit des contrats ont contribué à cet essai. Les trois avant-projets s'accordent sur la caducité des autres contrats liés, provoquée par la nullité d'un des contrats interdépendants dans une opération d'ensemble⁴⁵⁴, également sur l'interprétation réciproque des contrats interdépendants « en fonction de l'opération d'ensemble à laquelle ils sont ordonnés⁴⁵⁵ ».

Cependant, comme le révèle M^{me} S. Bros, l'anéantissement du contrat ne se limite pas au cas de nullité. La résolution et la résiliation en sont encore les deux autres sources⁴⁵⁶. Les avant-projets de réforme du droit des contrats, de Catala et de la Chancellerie, n'ont pas illustré toutes les circonstances de l'anéantissement en cascade des contrats du groupe. Au contraire, l'avant-projet Terré, employant le mot « disparation » pour exprimer l'anéantissement de l'un des contrats du groupe, semble avoir considéré toutes les possibilités de cette question.

γ- Catégories de l'interdépendance contractuelle

Ajouter au Code civil une règle d'interprétation relative aux contrats interdépendants constitue une opération délicate, reposant sur la compréhension de la relation d'interdépendance des contrats. M. S. Pellé a posé une question intéressante dans sa thèse de doctorat. Critiquant une intuition sans réflexion profonde et écartant l'appréciation de la relation d'interdépendance entre les éléments constitutifs d'un ensemble (interdépendance horizontale)⁴⁵⁷, il a pensé que « l'essentiel de l'interdépendance se résume à cette idée de dépendance réciproque entre le tout et chacun de ses éléments constitutifs »⁴⁵⁸ (interdépendance verticale). Selon lui, inspirée de la philosophie bouddhiste, cette dépendance réciproque appréciée exprime « que le 'tout' dépend de chacun de ses éléments et que, réciproquement, chaque

⁴⁵³ Cf. Cass. civ. 1^{re}, 11 fév. 1986, *Bull. civ. I*, n° 27; *D.* 1986, 39e cahier, jurisprudence, p. 541-542, note B. GROSS; *RTD civ.*, 1987, p. 100 et s., obs. J. MESTRE ; 7 juill. 1992, *D.* 1992, IR, p. 214; *CCC* 1992, n° 188, note G. RAYMOND; 1er oct. 1996, *Bull. civ. I*, n° 332; 6 janv. 1998, *Bull. civ. I*, n° 6; *D.* 1998, IR, p. 48; 3 avril 2001, *Bull. civ. I*, n° 94; 13 nov. 2003, *D.* 2004, J., p. 657 et s., note I. NAJJAR; Cass. com., 18 nov. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 380; 8 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 20; 15 fév. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 29; 12 juin 2001, *RJCA*, 2001, n°1173.

⁴⁵⁴ Voir art. 1172-3 de l'avant-projet Catala, art. 89, al. 3, de l'avant-projet Terré et art. 100 de l'avant-projet de la Chancellerie.

⁴⁵⁵ Voir art. 1137 de l'avant-projet Catala, art. 137, al. 2, de l'avant-projet Terré et art. 135, al. 2, de l'avant-projet de la Chancellerie.

⁴⁵⁶ Voir S. BROS, Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, *D.* 2009, n° 14, p. 961-962 et p. 964.

⁴⁵⁷ Voir S. PELLE, thèse *op. cit.*, n° 182, 183 et 186.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, n° 186.

élément dépend du tout⁴⁵⁹ ». Concrètement, « l'interdépendance contractuelle est la caractéristique d'un ensemble de contrats dont l'imbrication des prestations donne naissance à l'opération globale voulue par les parties, de telle sorte que l'opération globale ne peut pas se réaliser si un seul des contrats fait défaut et que, réciproquement, chaque contrat perd sa raison d'être en cas d'échec de l'opération globale⁴⁶⁰ ».

Réduire **exclusivement** l'interdépendance contractuelle à une relation entre l'ensemble de l'opération contractuelle et l'un de ses éléments constitutifs ne correspond pas, au moins au sens de la règle d'interprétation proposée par les avant-projets de réforme cités ci-dessus, et par la jurisprudence concernée. L'article 153, alinéa 2, de l'avant-projet de la Chancellerie dispose que « dans l'ensemble contractuel qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés ». Ici, le verbe « s'interprètent » ne peut pas être seulement compris comme une interprétation réciproque entre un contrat composant et l'ensemble de l'opération contractuelle auquel il participe. Le texte signifie toutefois une interprétation réciproque entre les contrats composants de l'ensemble de l'opération. L'expression « en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés » ne limite pas, en effet, les objets comparatifs dans la relation entre le tout et un de ses éléments constitutifs. Les autres avant-projets emploient la même formulation.

Reportons-nous à la jurisprudence. Dans les arrêts de SEDRI⁴⁶¹, les commerçants participant au réseau d'exploitation organisé par le groupe SEDRI ont conclu deux contrats interdépendants : un contrat d'accès pour obtenir et diffuser des images publicitaires sur des écrans-vidéos, et un contrat de location du matériel nécessaire à la diffusion des publicités. En cas de résiliation du contrat d'accès au réseau, les juges ont affirmé l'anéantissement du contrat de location en raison de l'indivisibilité entre les deux contrats. Un autre exemple jurisprudentiel vient d'une opération commerciale similaire où deux contrats liés sont conclus. Il s'agit de pharmaciens qui participent à un réseau télématique d'une société de publicité et bénéficient, en même temps, d'un soutien financier de crédit-bail pour l'usage d'un

⁴⁵⁹ *Ibid.*, n° 202.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, n° 201, p. 178.

⁴⁶¹ Cf. Cass. com., 4 avril 1995, *Bull. civ.* IV, n° 115 et 116, *D.* 1995, somm. comm., p. 231, obs. L. AYNES ; *D.* 1996, p. 141, note D. PIQUET ; *CCC* 1995, n° 105, obs. L. LEVENEUR ; *JCP*, E, 1996. II. 792, obs. E. TERDIEU – GUIGUES et M.-C. SORDINO ; *JCP*, E, 1996. I. 523, n° 4, obs. J.-B. SEUBE.

matériel télématique spécifique. Suite à la résiliation du contrat de prestations d'images, l'exécution du contrat du crédit-bail perd son intérêt pour les locataires. Malgré une clause claire et précise dans le contrat du crédit-bail stipulant la division entre les deux contrats ci-dessus, la Cour de cassation a consacré que « la seule cause du contrat du crédit-bail était constituée par le contrat de prestations d'images »⁴⁶². Cette affirmation jurisprudentielle implique que l'interdépendance entre le contrat de crédit-bail et le contrat de prestation réelle s'est caractérisée par un lien causal réciproque. Par ailleurs, la haute juridiction française a affirmé l'indivisibilité entre un contrat de bail et un contrat de fourniture d'électricité dans la procédure collective⁴⁶³, et l'indivisibilité entre un contrat de panneau et un contrat d'association⁴⁶⁴. De plus, les juges ont directement employé l'expression « interdépendance entre les contrats »⁴⁶⁵ ou « conventions interdépendantes »⁴⁶⁶ dans les arrêts concernés. Bref, l'interdépendance contractuelle, consacrée par la jurisprudence, se fonde en général sur la relation réciproque entre les contrats constitutifs d'une opération d'ensemble. Elle ne se limite pas, dans une relation, entre le tout (l'ensemble) et l'un de ses éléments constitutifs (contrats composants).

Pourtant, on ne peut pas nier que l'interdépendance des contrats composants eux-mêmes doit s'inscrire dans une opération d'ensemble contractuel ; elle doit également refléter l'esprit de l'objectif du contrat et l'exigence de l'ensemble contractuel. Sinon, cette interdépendance contractuelle perd son orientation. En ce sens, l'opération d'ensemble constitue, en effet, la raison de l'existence de chaque contrat composant et de leur interdépendance. Les contrats composants se soumettent sans doute à un projet d'ensemble qui organise les éléments constitutifs distincts en vue de réaliser le but de l'opération contractuelle globale. Cependant, dans une opération globale, l'interdépendance contractuelle semble difficilement être réduite à la seule relation causale. Même si cette opération globale a une organisation logique d'ensemble, il existe toutefois divers liens causals entre les contrats composants de cet ensemble. Souvent, l'interdépendance contractuelle horizontale n'existe qu'entre

⁴⁶² Cass. com., 15 fév. 2000, *Bull. civ.* IV, n° 29.

⁴⁶³ Cass. com., 12 mai 1998.

⁴⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1996, *CCC* 1997, comm. n° 42, obs. L. LEVENEUR.

⁴⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2001.

⁴⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2003.

certains contrats composants, et non pas entre tous les contrats formant l'ensemble d'une opération contractuelle.

Prenons un exemple. Lorsque la relation contractuelle de vente d'un immeuble repose sur une opération commerciale imbriquée comprenant la participation d'une banque de crédit et celle d'un tiers garant du prêt, l'interdépendance (ou l'interdépendance directe) entre le contrat de vente et le contrat de cautionnement n'existe pas, même si le contrat de crédit stipule expressément l'usage du prêt propre à l'acquisition dudit immeuble. L'opération globale projetée nécessite d'être composée des trois contrats, mais elle ne peut pas être représentée par un seul d'entre eux. Or, l'anéantissement de l'un quelconque d'entre eux peut paralyser l'opération d'ensemble contractuel et faire perdre de l'intérêt à la pérennité et à l'effet des autres contrats composants. En ce sens, comme l'a expliqué M. B. Teyssié, « au cœur de l'ensemble naissent des rapports d'interdépendance, chacune des pièces, étant, à la fois insuffisante et indispensable pour la réalisation de l'objectif principal, poursuivi par son instigateur⁴⁶⁷ ». Cette observation remarquable a été largement acceptée par les juristes suivants. Elle est même pensée comme critère unique de l'appréciation d'interdépendance contractuelle par M. S. Pellé qui préconise que « dans les relations contractuelles imbriquées, [l'interdépendance verticale] se caractérise par une dépendance réciproque entre l'opération globale et chacun des contrats nécessaire à sa réalisation⁴⁶⁸ ». Et, l'auteur prononce que « seule l'interdépendance verticale est révélatrice d'une véritable interdépendance⁴⁶⁹ ». Cependant, M. Teyssié a affirmé la pluralité des liens causals entre les contrats composants dans un ensemble contractuel en distinguant les ensembles de contrats interdépendants, des ensembles de « contrats à dépendance unilatérale⁴⁷⁰ ». Dans l'exemple ci-dessus, le contrat de crédit et le contrat de cautionnement constituent une relation de dépendance unilatérale. Le contrat de cautionnement, en tant qu'accessoire du contrat de crédit (contrat principal), concourt à la réalisation de l'objectif de celui-ci. La dépendance unilatérale de cette relation contractuelle est bien expliquée par Carbonnier : « à l'intérieur de l'ensemble structurel, une interdépendance des éléments constitutifs est imposée par la définition même de l'opération. Mais elle doit être tempérée par la

⁴⁶⁷ B. TEYSSIE, thèse *op. cit.*, n° 176, p. 96.

⁴⁶⁸ S. PELLE, thèse *op. cit.*, n° 227.

⁴⁶⁹ *Eod. loc.*

⁴⁷⁰ Voir B. TEYSSIE, thèse *op. cit.*, n° 174.

distinction purement rationnelle du principe et de l'accessoire : le principe peut survivre à l'accessoire, non l'inverse⁴⁷¹ ».

Il semble qu'il n'y ait pas une conception harmonieuse sur les notions d'ensemble contractuel et de contrats interdépendants. Pour Carbonnier, dans un ensemble contractuel, il existe possiblement, outre l'interdépendance entre les contrats composants, une dépendance unilatérale de l'accessoire vis-à-vis du principal. Cette affirmation se rapproche de l'opinion de M. Teyssié présentée ci-dessus. En revanche, M^{me} S. Bros écarte toutes les relations de dépendance unilatérale entre les contrats de la notion d'interdépendance contractuelle dont les relations entre le contrat-cadre et son contrat d'application, entre le contrat principal et ses sous-contrats, ou entre les contrats principal et accessoire, en soulignant « l'absence de hiérarchie entre les contrats⁴⁷² ». Précisément, cet auteur pense que « les contrats interdépendants sont placés sur un pied d'égalité, ils concourent tous de manière équivalente à la réalisation de l'opération ; aucun n'est principal ou préalable par rapport à l'autre (ou aux autres)⁴⁷³ ». Ce concept d'égalité a inspiré M. Pellé, mais il est utilisé dans une autre logique : l'interdépendance contractuelle ne repose que sur la relation entre l'opération globale et les contrats composants, et non pas sur les relations entre les contrats composants eux-mêmes. Autrement dit, pour apprécier l'interdépendance contractuelle, cet auteur ne regarde pas les relations horizontales entre les contrats constitutifs d'un ensemble, ni d'interdépendance ni de dépendance unilatérale. Distinct du point de vue de M^{me} Bros, M. Pellé affirme la pluralité des relations entre les contrats composants d'un ensemble. N'excluant absolument pas la relation contractuelle de dépendance unilatérale du concept d'ensemble contractuel, il propose un « changement de regard porté sur la relation de principal à accessoire lorsque [cette relation] s'insère dans un ensemble de contrats imbriqués qui permet de « transformer » la nature de l'accessoire⁴⁷⁴ ». Selon lui, « en effet, seule une vision globale peut ainsi " transformer " une relation de principal à accessoire pour la rendre compatible avec l'interdépendance⁴⁷⁵ ». De façon verticale, la vision globale d'interdépendance vise « une relation dynamique que chaque contrat entretient avec l'opération globale », dans laquelle « la portée d'un contrat accessoire n'est pas

⁴⁷¹ J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens, les obligations*, Vol. II, éd. Puf, 2004, n° 1026, p. 2108.

⁴⁷² S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris II, 2001, n° 11 ; même auteur, *Les contrats interdépendants : actualité et perspectives*, D. 2009, n° 14, p. 963.

⁴⁷³ S. BROS, *art. op. cit.*, p. 963.

⁴⁷⁴ S. PELLE, thèse *op. cit.*, n° 224, p. 195.

appréciée par rapport à un autre contrat (notamment celui qui lui sert normalement de principal) », mais « elle est appréciée par rapport à l'opération globale elle-même⁴⁷⁶ ». Dans cette vision globale, l'accessoire est considéré comme élément nécessaire, au même niveau que le principal, pour la réalisation de l'objectif de l'opération globale. Il n'est donc plus accessoire dans l'appréciation de l'interdépendance contractuelle, or le principal ne devient pas pour autant principal. Comme l'indique M. Pellé, « l'interdépendance contractuelle implique l'égalité entre tous les contrats qui concourent tous à la réalisation de la même opération⁴⁷⁷ ».

Dans son observation, M. Pellé accepte que les relations entre les contrats principal et accessoire puissent entrer dans l'appréciation d'interdépendance contractuelle. Il refuse la relation entre le contrat-cadre et son contrat d'application, et celle entre le contrat principal et le sous-contrat. Ce changement de vision n'établit qu'une nouvelle interprétation sur le rôle du contrat accessoire indiqué, qui est concomitant avec le constat de la relation contractuelle de dépendance unilatérale entre le principal et l'accessoire existant dans l'opération d'ensemble de contrats. Autrement dit, un même contrat composant joue à la fois un rôle indispensable (non accessoire) dans l'appréciation de l'opération globale, et un rôle accessoire dans la relation isolée avec un autre contrat composant qui est traditionnellement regardé comme principal. Envisageant le phénomène de coexistence des relations contractuelles hétérogènes dans un ensemble contractuel, et pour éviter un conflit potentiel entre les règles juridiques reposant sur ces deux qualifications paradoxales d'un contrat composant, M. Pellé préconise, alors, de privilégier l'effet de la relation d'interdépendance globale sur l'effet de la relation de dépendance unilatérale entre deux contrats composants⁴⁷⁸.

Les avant-projets français de réforme du droit des contrats semblent adopter un concept plus vaste d'interdépendance contractuelle. Selon l'article 13 de l'avant-projet de la Chancellerie, qui accepte quasi totalement la définition donnée par l'article 1172 de l'avant-projet Catala, « sont interdépendants les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation de

⁴⁷⁵ *Eod. loc.*

⁴⁷⁶ *Eod. loc.*

⁴⁷⁷ *Ibid.*, n° 225, p. 195.

⁴⁷⁸ Voir S. PELLE, thèse *op. cit.*, n° 226, p. 196, note 670, cet auteur pensant que « la dépendance unilatérale entre deux contrats cède le pas à une dépendance réciproque entre l'opération globale et chaque contrat ».

l'opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent⁴⁷⁹ ». Cette définition affirme que la relation corrélatrice horizontale entre les contrats composants d'une opération d'ensemble peut également, comme l'interdépendance verticale entre le tout et les éléments constitutifs, être intégrée dans la notion d'interdépendance contractuelle si elle est nécessaire à la réalisation de l'opération globale. Le critère d'appréciation adopté par cette définition semble identique à celui proposé par M. Pellé, c'est-à-dire une relation d'interdépendance verticale. Cependant, la définition de l'avant-projet de réforme n'écarte pas la relation corrélatrice entre les contrats en chaîne, dont le sous-contrat et le contrat d'application d'un contrat-cadre. Cette définition ne précise pas les caractères d'interdépendance nécessaires des contrats concomitants ou successifs. M^{me} S. Bros critique alors cet usage des termes, en indiquant que « les caractères concomitants et successifs (...) paraissent néanmoins inutiles ». Selon elle, « en effet, le caractère concomitant ou successif des contrats ne caractérise pas du tout les groupes de contrats interdépendants⁴⁸⁰ ». De plus, l'usage de l'expression « exécution nécessaire à la réalisation de l'opération d'ensemble » ne suffit pas à manifester l'interdépendance des contrats concomitants et successifs, car chaque contrat qui joue indépendamment son rôle dans une opération d'ensemble est nécessairement exécuté, même si on sait que le contrat-cadre ne dépend pas de ses contrats d'application et que le contrat principal ne dépend pas des sous-contrats.

Quels sont les caractères essentiels des contrats interdépendants dans une opération d'ensemble ? Sur le plan d'une opération économique d'ensemble, la relation de dépendance réciproque entre les contrats composants se caractérise par une collaboration fonctionnelle en vue de réaliser la fin économique poursuivie par les parties contractantes. Cette collaboration fonctionnelle exige que tous les contrats composants doivent reposer sur un point commun : l'opération d'ensemble objective, c'est-à-dire l'objet commun des contrats. De plus, tous les contrats composants possèdent une cause finale commune, autrement dit, l'économie commune des contrats correspondant à l'intention déterminante de tous les participants contractants dans l'opération d'ensemble. Cette économie commune constitue à la fois l'économie de l'opération globale et l'économie finale de chaque contrat composant. Elle peut être intégrée dans une notion d'économie contractuelle au sens étendu. Ainsi,

⁴⁷⁹ Cet avant-projet, au titre du « Projet de réforme du droit des contrats », comporte trois articles relatifs à l'interdépendance contractuelle dont l'article 13 qui définit la notion des contrats interdépendants.

⁴⁸⁰ S. BROS, *art. op. cit.*, p. 963.

l'économie contractuelle d'une opération d'ensemble doit résulter d'une objectivation du motif déterminant commun des contractants. Précisément, elle est une fin subjective, objectivement appréciée comme raisonnable. **La collaboration fonctionnelle des contrats composants d'un ensemble résulte du fait que la réalisation de l'économie finale de chaque contrat dépend obligatoirement de l'exécution des autres contrats composants.** Cette dépendance réciproque est donc une interdépendance horizontale.

δ- Interdépendance contractuelle et interprétation du contrat

Pour révéler l'interdépendance contractuelle dans une opération d'ensemble, il est nécessaire d'employer la technique d'interprétation du contrat. La question se trouve principalement dans le choix des critères subjectifs et objectifs. Certains auteurs fondent leurs observations sur le volontarisme traditionnel. Comme le souligne M^{me} S. Bros, « il n'existe pas de contrats objectivement interdépendants : si les contrats le sont, c'est parce que les parties l'ont voulu⁴⁸¹ ». Selon ce point de vue, l'interprétation du fait d'interdépendance contractuelle repose exclusivement sur une recherche de la commune intention des parties contractantes. D'autres auteurs cherchent à attester une objectivation du critère d'appréciation de l'interdépendance contractuelle. Les controverses doctrinales se font à la fois en matière de tendance évolutionnaire de la jurisprudence et de pertinence de la nouvelle théorie du droit. M. D. Mazeaud a initialement indiqué une logique de raisonnement au regard de la conception objective de l'indivisibilité effectuée par la Cour de cassation, dans les arrêts du 15 juin 1999⁴⁸² et du 15 février 2000⁴⁸³. À partir de ce point de vue intéressant, M. S. Pimont pense que « l'économie du contrat, le “contrat-obligation”, fait place au “contrat-opération” en indiquant que « l'économie du contrat est une

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 963 ; voir aussi J. MOURY, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.*, 1994, p. 255, spéc. n° 10, p. 258 ; A. CONSTANTIN, obs., l'arrêt du 15 juin 1999 par Cass. com, *JCP G*, 2000, I, 215, n° 8 ; F. MAUGER, *La qualification d'indivisibilité entre les contrats*, op. cit., p. 205 et s. ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, op. cit., n° 960 et n° 1226.

⁴⁸² D. MAZEAUD, obs., Cass. com., 15 juin 1999, *D.* 2000, somm. comm., p. 363-364, en indiquant que « la Cour de cassation fait reposer l'indivisibilité des contrats sur un critère pur objectif et économique. » ; cf. d'autres commentaires de cet arrêt : *JCP G* 2000, I, 215, obs. A. CONTANTIN ; *CCC* 1999, comm. n° 173, note L. LEVENEUR ; *CCE*, mars 2000, comm. n° 32, note J.-Ch. GALLOUX.

⁴⁸³ D. MAZEAUD, obs., Cass. com., 15 fév. 2000, *Rép. Defrénois* 2000, p. 1118, en indiquant que « au fond, l'interdépendance économique des contrats du groupe et leur indivisibilité juridique conduit la Cour de cassation à transcender la notion de cause qui irradie alors le groupe en son entier. (...) L'arrêt commenté se rallie manifestement à la conception objective de l'indivisibilité : la cause est érigée ici en ciment de l'indivisibilité. » ; cf. d'autres commentaires de cet arrêt : *D.* 2000, somm. comm., p. 364, obs. P. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. PAGES.

appréhension réaliste et objective du phénomène volontaire par le juge ; *a priori*, c'est ce qui en explique l'intérêt en matière de cause, d'interprétation ou d'indivisibilité⁴⁸⁴ ». M. Pellé va plus loin, car il nie l'existence de l'indivisibilité subjective⁴⁸⁵.

L'objectivation du critère d'appréciation de l'interdépendance contractuelle implique, qu'envisageant un ensemble contractuel imbriqué, l'opération d'interprétation du contrat repose plutôt sur un fait objectif consacré par la jurisprudence ou par la loi, mais non pas uniquement sur une recherche de volontés véritables des parties. L'avantage de ce changement est, tout d'abord, de donner à l'interdépendance contractuelle une appréciable réalité en évitant l'inexactitude des conjectures divinatoires de la volonté des parties. Il est plus important que l'objectivation du critère d'appréciation de l'interdépendance contractuelle sauvegarde la stabilité du rapport contractuel et la cohérence de l'opération économique d'ensemble en évitant la contradiction entre les éléments constitutifs, entraînée par la fluidité de la volonté des parties. De plus, cette tendance d'objectivation témoigne de la recherche de la justice substantielle du contrat, tant en jurisprudence qu'en doctrine. Précisément, la juridiction doit protéger l'intérêt légitime attendu par une des parties contractantes dans l'opération de contrats.

Le point de vue d'objectivation de l'interdépendance contractuelle conduit l'interprétation du contrat à se fonder sur les éléments objectifs qui peuvent manifester les liens entre les contrats composants d'une opération d'ensemble. Si l'évolution jurisprudentielle paraît complexe et inconstante pour la formation de cette tendance d'objectivation, la rédaction des avant-projets de réforme du droit des contrats exprime à l'inverse une orientation évidente de l'objectivation du critère d'appréciation en matière de contrats interdépendants. Selon M^{me} Bros, « la volonté des rédacteurs d'objectiver la notion de contrats interdépendants transparait. La définition ne fait aucune référence à la volonté, elle utilise des notions objectives : contrats concomitants ou successifs, exécution nécessaire, opération⁴⁸⁶ ». Cette opinion implique que l'interprétation de l'interdépendance contractuelle n'est plus effectuée par le moyen de la recherche de la commune intention des parties, mais ne

⁴⁸⁴ S. PIMONT, *L'économie du contrat*, thèse *op. cit.*, n° 15, p. 23-24.

⁴⁸⁵ Voir S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle*, thèse *op. cit.*, n° 157.

⁴⁸⁶ S. BROS, *article op. cit.*, p. 962.

consiste qu'à révéler « une rationalité interne de l'acte »⁴⁸⁷. Ici, il est nécessaire d'invoquer la règle d'interprétation globale d'un acte, exprimée par l'article 1161 du Code civil, car la logique d'interprétation d'une opération d'ensemble contractuel paraît identique à la première. Or, les rédacteurs des avant-projets de réforme du droit des contrats mettent en effet la stipulation sur l'interprétation des contrats interdépendants dans l'article 1161 du Code civil.

Nous pouvons désormais imaginer que, si la réforme est achevée, le juge n'a plus besoin d'invoquer les stipulations sur l'indivisibilité de l'obligation et la notion générale de cause développée sans cesse en vue de déclarer une indivisibilité juridique et une interdépendance économique. Car l'établissement de la règle légale sur les contrats interdépendants fournira à l'interprétation du contrat une orientation claire et un point de fin de l'opération, dont la qualification juridique de l'interdépendance contractuelle apparaît. À ce moment-là, comme l'on parle d'indivisibilité juridique, l'on parlera d'interdépendance **juridique**.

Chapitre II : Règles chinoises d'interprétation du contrat

En droit chinois, les règles d'interprétation du contrat sont créées par la « Loi sur les contrats » de 1999. Certains auteurs les considèrent plutôt comme un principe d'interprétation⁴⁸⁸. Selon l'article 125, alinéa 1, de la loi sur les contrats, lorsqu'il y a certaine(s) contestation(s) entre les parties dans la compréhension des clauses contractuelles, le juge doit rechercher et déterminer le sens véritable des clauses, en se référant au sens littéral de l'expression, aux clauses contractuelles corrélatives, au but du contrat, aux usages de transaction et au principe de bonne foi. Par cet article légal unique, le législateur chinois crée tous les principes d'interprétation du contrat. Cependant, dans la loi sur les contrats, il existe d'autres règles d'interprétation

⁴⁸⁷ Voir E. HOUSARD, L'économie du contrat, *Rev. jur. De l'ouest*, 2002/1, p. 7-65, spéci. n° 23, p. 25, cet auteur pense que « l'économie du contrat apparaît en quelque sorte comme la *ratio contractus*, entendu non pas le but du contrat, mais comme la rationalité interne de l'acte ».

⁴⁸⁸ Voir 崔建远 CUI Jianyuan, 合同解释论 Essai général sur l'interprétation des contrats, 合同法评论 Commentaires du droit des contrats, n° 2, sous la direction de 王利明 WANG Liming et 奚晓明 XI Xiaoming, éd. 人民法院出版社 Cour populaire Presse, 2004, p. 6-25 ; 崔建远 CUI Jianyuan, 韩世远 HAN Shiyuan, 王轶 WANG Yi et s., *Droit des contrats*, 5^e éd., 法律出版社 Law Press – China, 2010, p. 356-367.

destinées à déterminer le sens des clauses contractuelles de types spéciaux⁴⁸⁹. Il est donc nécessaire d'analyser, tout d'abord, les sens des règles d'interprétation du contrat (Section 1), puis d'étudier la jurisprudence corrélative (Section 2).

Section 1 : Sens des règles d'interprétation du contrat

Les règles d'interprétation du contrat, consacrées par la loi sur les contrats, peuvent être classifiées au regard de la fonction. L'article 125 établit les règles d'interprétation explicative en représentant la fonction de clarification du contenu du contrat (§ 1). En tant que règles d'interprétation complétive, l'article 61 consiste à combler les lacunes du contenu du contrat (§ 2). Quant à l'article 41, c'est une règle d'interprétation d'équité (§ 3).

§ 1. Règles d'interprétation explicative

L'article 125 de la loi sur les contrats contient cinq règles d'interprétation explicative. Il convient de les analyser successivement.

A. Interprétation au sens littéral de l'expression

À l'opposé de l'esprit du droit français, l'interprétation du contrat du droit chinois s'arrête au sens littéral des termes, en ignorant la recherche de la commune intention des parties. Cette position fait primer le critère objectif et extrinsèque sur la volonté interne. Autrement dit, la volonté déclarée prime la volonté interne. Selon certains auteurs, le sens littéral de l'expression désigne un sens normal des termes ou

⁴⁸⁹ Voir les articles 41, 61 et 62 de la loi sur les contrats.

des phrases⁴⁹⁰. Cette vision vient d'une référence à l'article 41 de la loi sur les contrats, qui dispose que « lors de la contestation dans la compréhension d'une clause standardisée, l'interprétation doit être exercée au regard d'un sens normal ... ». Selon M. L. Wang, c'est une personne raisonnable qui donne le sens normal à l'expression concernée⁴⁹¹. Cette compréhension semble proche de l'idée française manifestée par l'article 136 de l'avant-projet Terré et par l'article 152 de l'avant-projet Chancellerie qui disposent, tous les deux, qu'« à défaut de déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ».

Malgré le caractère objectif du sens littéral des termes, la doctrine chinoise souligne toutefois l'importance de la recherche de la commune intention des parties, même si elle ne la considère que comme facteur subsidiaire⁴⁹². Ce tempérament doctrinal reflète que l'interprétation objective pure, au sens littéral, risque de dénaturer la commune intention des parties et de priver les contractants des intérêts particuliers au contrat. Selon une vision générale de la doctrine, le sens spécial d'un terme contractuel connu par les parties prime sur le sens normal de celui-ci⁴⁹³. Le fondement légal vient encore de l'article 41 de la loi sur les contrats qui prévoit qu'« en cas de contradiction entre les clauses-types et les clauses négociées, les dernières doivent l'emporter ». Mais l'article 41 ne s'applique qu'aux contrats-types. Il semble y avoir un paradoxe entre l'esprit de l'article 125 et celui de l'article 41.

Pourtant, M. Wang définit le sens littéral, « déterminer le sens véritable des clauses », de l'article 125, comme la recherche de la commune intention des parties⁴⁹⁴. Ce point de vue ne semble pas correspondre à l'esprit d'ensemble de l'article 125. Or, selon M. Y. Li, l'article 125 « établit absolument un principe d'interprétation objectiviste⁴⁹⁵ ». Pour vérifier et justifier ces points de vue, l'analyse successive de chaque règle d'interprétation s'impose effectivement.

⁴⁹⁰ Voir 王利明 WANG Liming, *合同法研究* Recherche sur le droit des contrats, éd. 中国人民大学出版社, p. 431-434 ; 崔建远 CUI Jianyuan, *合同解释论* Essai général sur l'interprétation des contrats, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹¹ 王利明 WANG Liming, *合同法研究* Recherche sur le droit des contrats, *op. cit.*, p. 432.

⁴⁹² Voir 崔建远 CUI Jianyuan *op. cit.*, p. 6-8 ; 韩世远 HAN Shiyuan, *合同解释论* Essai sur l'interprétation des contrats, *op. cit.*, p. 81. 王利明 WANG Liming, *合同法研究* Recherche sur le droit des contrats, *op. cit.*, p.432-434.

⁴⁹³ Voir 王利明 WANG Liming *op. cit.* ; 韩世远 HAN Shiyuan *op. cit.*

⁴⁹⁴ Voir 王利明 WANG Liming, *合同法研究* Recherche sur le droit des contrats, *op. cit.*, p.418.

B. Interprétation d'ensemble du contrat

Interpréter une expression litigieuse au regard des clauses corrélatives implique que le droit chinois consacre une règle d'interprétation d'ensemble du contrat. Comparant le texte de l'article 1161 du Code civil français, « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier », nous comprenons mieux l'esprit du terme « clauses corrélatives » du droit chinois. Outre l'article 125, la loi chinoise sur les contrats exprime également le sens d'une interprétation d'ensemble du contrat dans l'article 61, en disposant qu'« après la formation du contrat, si les parties contractantes n'ont pas convenu des clauses relatives à la qualité, au prix ou aux honoraires, à l'adresse d'exécution, etc., ou si les clauses convenues ne sont pas claires et précises, les parties peuvent négocier un complément ; à défaut, le contenu concerné peut être déterminé par les clauses corrélatives ou par l'usage de transaction ».

La compréhension doctrinale chinoise de l'interprétation d'ensemble du contrat est inspirée par le Code civil français, et également par le droit américain. Mais elle repose sur la cohérence des clauses composantes du contrat, plutôt que sur la recherche de la commune intention des parties. En effet, cette règle d'interprétation du droit chinois s'inscrit encore dans la conception objectiviste.

En ce qui concerne l'étendue des clauses corrélatives, selon M. J. Cui, il s'agit de tous les documents contractuels et précontractuels, notes de négociation, offres, contre-offres, courriers d'échange, etc.⁴⁹⁶. M. Wang souligne que les clauses corrélatives doivent concerner tout le contexte de contracter et d'exécuter⁴⁹⁷.

Il est regrettable qu'en matière d'interprétation d'ensemble du contrat, le droit chinois, tant la législation que la doctrine, ne traite pas de la question de groupe de

⁴⁹⁵ 李永军 LI Yongjun, *合同法 Droit des contrats*, 2^e éd. 法律出版社-Les-Éditions-Asie-China, 2005, p. 624.

⁴⁹⁶ Voir 崔建远 Cui Jianyuan, art. *op. cit.*, p. 10.

⁴⁹⁷ Voir 王利明 Wang Liming, *合同法研究 二 合同法研究二 王利明 王利明, sur le droit des contrats*, *op. cit.* p.438-439.

contrats qui apparaît déjà dans les avant-projets de réforme française du droit des contrats.

C. Interprétation de finalité

L'article 125 de la loi sur les contrats affirme qu'en cas de contestation dans la compréhension d'une certaine clause, le juge doit déterminer le sens véritable de cette clause au regard du but du contrat (alinéa 1). Or, « si les exemplaires du texte du contrat sont rédigés en deux ou plusieurs langues étrangères, les expressions littérales de chacun sont présumées avoir le même sens. En cas d'incohérence du sens, les diverses expressions doivent être interprétées au regard du but du contrat ». La doctrine nomme cette règle l'interprétation de finalité⁴⁹⁸.

Envisageant l'expression brève du texte de l'article 125, la doctrine cherche à préciser la signification du terme « but du contrat ». M. Wang pense qu'il y a deux sortes de buts du contrat : but abstrait et but concret. Selon lui, le but abstrait désigne que les parties ont envie de conclure un contrat valable ; et le but concret représente l'économie du contrat et l'intérêt social du contrat⁴⁹⁹. La conception du but abstrait est naturellement liée à l'article 1157 du Code civil français qui dispose que « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ». Évidemment, la conception du but abstrait fonde l'interprétation de validité des clauses sur une présomption psychologique. Mais la recherche du sens classique de l'article 1157 du Code civil français montre un raisonnement de bon sens, c'est-à-dire une référence plutôt objective et extrinsèque.

M. Z. Wang définit également le but du contrat de deux façons. D'une part, le but du contrat participe à un « but typique de transaction »⁵⁰⁰ déterminé par la nature ou la catégorie juridique du contrat ; d'autre part, le but du contrat reflète le motif

⁴⁹⁸ Voir par ex. : 崔建远 CUI Jianyuan, art. *op. cit.*, p. 20-21 ; 韩世远 HAN Shiyuan, art. *op. cit.*, p. 82-83 ; 王利明 WANG Liming, *合同法研究 Recherche sur le droit des contrats, op. cit.* 434-436 ; 李永军 LI Yongjun, *合同法 Droit des contrats, op. cit.*, p. 626-627.

⁴⁹⁹ 王利明 WANG Liming, *合同法研究 Recherche sur le droit des contrats, op. cit.*, p. 435.

subjectif des parties qui constitue le moteur de contracter⁵⁰¹. Cette observation se rapproche de la notion dualiste de cause du droit civil français. La conception classique de la cause, dite cause objective, fonde la cause sur la commutativité des prestations entre les parties. Précisément, « l'obligation de chacune des parties a pour cause celle qui est assumée par l'autre : les obligations réciproques se servent mutuellement de cause⁵⁰² ». Or, la conception moderne de la cause, dite cause subjective, intègre les motifs qui ont conduit les parties à contracter, dans le cadre de la notion de cause⁵⁰³. Selon la définition du but du contrat par M. Wang, la règle d'interprétation de finalité du droit chinois peut trouver son modèle conceptuel dans le Code civil français. L'article 1158 de ce Code dispose que « les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ».

Étant soucieux de l'incertitude des motifs des parties, M. Cui propose deux conditions destinées à limiter l'étendue des motifs qualifiés. Selon lui, le but subjectif ne devient le fondement de l'interprétation du contrat qu'au cas où il est, soit intégré dans la commune intention des parties, soit déclaré à l'extérieur et connu du cocontractant⁵⁰⁴. Le caractère objectif du droit chinois est maintenu par cette doctrine.

D. Interprétation d'usage

Selon l'article 125 de la loi sur les contrats, l'usage de transaction peut être employé pour éclairer l'expression du contrat litigieux. En fait, cette règle d'interprétation est universellement affirmée. Comme l'article 125 consiste à déterminer le sens véritable de la clause, la fonction de l'interprétation d'usage, consacrée par cet article, se rapproche du sens de l'article 1159 du Code civil français, c'est-à-dire une fonction de clarification, mais non celle de comblement des lacunes du contrat.

⁵⁰⁰ 王泽鉴 WANG Zejian, *民法学说与判例研究 Doctrine du droit civil et recherche de la jurisprudence*, t. 1, éd. 三民书局 San Min Shujü (台湾 Taiwan), 1980, p. 279.

⁵⁰¹ 王泽鉴 WANG Zejian *op. cit.*

⁵⁰² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 14^e éd. Sirey, 2010, par É. SAVAUX, n° 256, p. 236.

⁵⁰³ Voir D. MAZEAUD, *La cause*, in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, éd. Dalloz, 2004 p. 451.

⁵⁰⁴ 崔建远 CUI Jianyuan, *art. op. cit.*, p. 21.

La doctrine chinoise cherche à établir certaines conditions d'application de l'interprétation d'usage. D'abord, l'usage doit être lié au contrat convenu par les parties. Autrement dit, la détermination des droits et des obligations contractuels correspond au moins partiellement à un certain usage de la transaction. En général, les deux parties connaissent celui-ci. Mais, exceptionnellement, il est possible qu'une des parties, contractant profane, ne connaisse pas forcément l'usage de transaction et qu'elle n'accepte qu'un contrat d'adhésion, par exemple. En ce cas, l'usage est toutefois applicable au contrat litigieux, car certains auteurs pensent que les parties ont le devoir de connaître l'usage concernant leurs intérêts particuliers⁵⁰⁵. Précisément, les parties sont tenues d'un devoir de prudence. En deuxième lieu, l'usage de transaction, notamment l'usage convenu spécialement par les parties, ne viole aucune norme d'ordre public dont les lois et les règlements⁵⁰⁶. En troisième lieu, les parties ont le pouvoir d'écarter l'application d'un usage de transaction, sous condition d'accord entre eux⁵⁰⁷. Sur ce point, la volonté des parties prime sur un critère objectif. Enfin, l'application des usages corrélatifs doit respecter l'ordre du particulier au général⁵⁰⁸.

Malgré le caractère objectif de l'usage, l'analyse de la doctrine chinoise sur l'interprétation d'usage manifeste le respect de la spécificité du contrat et la primauté de la commune intention des parties sous contrôle de licéité.

D. Interprétation de bonne foi

La loi sur les contrats confère au juge le pouvoir d'interpréter, selon l'exigence de bonne foi, la clause contractuelle litigieuse. Inspirés par le droit allemand des obligations, les juristes chinois considèrent traditionnellement la bonne foi en tant que règle d'interprétation du contrat⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Voir 崔建远 CUI Jianyuan art. *op. cit.*, p. 23; 韩世远 HAN Shiyuan, art. *op. cit.*, p. 84 ; 周艳 ZHOU Yan, thèse, *op. préc.*, p. 99.

⁵⁰⁶ *Eod. loc.*

⁵⁰⁷ *Eod. loc.*

⁵⁰⁸ *Eod. loc.*

⁵⁰⁹ Voir 史尚宽 SHI Shangkuan, *债法总论 Règles générale du droit des obligations*, éd. 中国政法大学出版社 Université Politique et Juridique de Chine Press, Pékin, 2000, p. 332-333.

En Chine, la bonne foi est effectivement consacrée comme principe directeur, non seulement du droit des contrats, mais de tous les actes juridiques civils. L'article 6 de la loi sur les contrats dispose que « les parties contractantes doivent, selon le principe de bonne foi, exercer leurs droits et exécuter leurs obligations ». Or, l'article 4 des « Principes généraux du droit civil » prévoit que « toutes les activités civiles doivent respecter les principes de liberté de la volonté, de justice, d'équivalence des valeurs et d'onérosité, de bonne foi ». Donc, l'intégration de la bonne foi dans les règles d'interprétation du contrat constitue un écho du principe directeur du droit civil.

Le terme « bonne foi » est traduit en tant que « 诚实信用 » en chinois. Ce terme comporte principalement deux aspects substantiels : honnêteté et crédit. L'aspect « honnêteté » signifie, d'une part, que le contractant doit honnêtement négocier avec son partenaire pour conclure ou réviser la convention ; d'autre part, que le contractant ne doit pas, de mauvaise foi, porter préjudice à son cocontractant et à l'intérêt général. L'aspect « crédit » implique que le contractant doit respecter la parole donnée et exécuter loyalement ses obligations. Comme l'indique M. H. Liang, « la bonne foi est une règle morale intégrée dans le droit⁵¹⁰ » qui concerne non seulement l'intérêt particulier des parties, mais également l'intérêt général⁵¹¹. Selon cette conception, un contractant doit respecter et sauvegarder les intérêts légitimement attendus par son partenaire⁵¹². En cas de déséquilibre des intérêts d'échange, le bénéficiaire doit renégocier avec le cocontractant pour rétablir une relation équitable d'intérêt⁵¹³.

Comme l'article 125 consiste à éclairer le sens des clauses contractuelles, la fonction de l'interprétation de bonne foi est restreinte dans la clarification du contenu du contrat. En effet, elle joue un rôle plus important dans le comblement des lacunes du contrat.

⁵¹⁰ 梁慧星 LIANG Huixing, 诚实信用原则与漏洞补充 Principe de bonne foi et comblement des lacunes des lois, *法学研究* Revue de la recherche du droit, 1994, n° 2, p. 24.

⁵¹¹ Voir 史尚宽 SHI Shangkuan, *债法总论 Règles générale du droit des obligations*, op. cit., p. 331.

⁵¹² Eod. loc.

⁵¹³ 梁慧星 LIANG Huixing, art. op. cit., p. 24.

En France, l'article 1134, alinéa 3, du Code civil de 1804 consacre le rôle de la bonne foi dans l'exécution du contrat. Or, la jurisprudence a fait une extension énorme de la bonne foi dans tout le domaine du droit des contrats, notamment dans la période précontractuelle. Le constat jurisprudentiel des nouveaux devoirs⁵¹⁴ a effectivement comblé les lacunes du contrat et a diminué les inconvénients dans le contrat initial. L'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des contrats définit la bonne foi en tant que principe directeur (article 18) et confirme l'obligation d'information (article 50), fruit jurisprudentiel de l'interprétation du contrat, sous l'orientation du principe de bonne foi. Il semble que la fonction complétive de la bonne foi, en matière interprétative, n'est pas totalement couverte par l'article 1135 du Code civil. Les juristes français doivent réfléchir à l'opportunité d'ajouter une règle d'interprétation de bonne foi dans le futur projet de réforme du droit des contrats.

Bilan. L'article 125 de la loi sur les contrats établit cinq règles d'interprétation du contrat. Il semble qu'il existe un ordre d'application parmi celles-ci. La ligne logique créée par le législateur rime avec l'exercice judiciaire de l'interprétation du contrat. Lorsque la contestation sur une clause contractuelle apparaît, le juge du fond envisage d'abord d'analyser le sens littéral du texte contractuel, avant toutes les autres méthodes d'interprétation. Si le juge du fond n'arrive pas à éclairer le sens véritable de la clause litigieuse par le sens littéral, l'interprétation d'ensemble du contrat prend sa place. Puis, viennent ensuite les interprétations de finalité, d'usage et enfin de bonne foi. Comme l'explique M. L. Wang, la bonne foi doit rester à la dernière place de cet ordre d'application, parce que, en tant que règle la plus abstraite et la plus floue, elle devrait jouer, au final, le rôle de remède⁵¹⁵.

§ 2. Règles d'interprétation complétive

Outre les règles d'interprétation explicative du contrat, la loi sur les contrats consacre également les règles d'interprétation complétive comprises dans plusieurs

⁵¹⁴ Voir D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges Fr. TERRÉ, éd. Dalloz, 1999, p. 603 et s.

articles légaux. L'article 61, considéré comme une règle directrice, établit non seulement la notion et les modalités de l'interprétation complétive, mais aussi la condition d'application de celle-ci. Selon cet article⁵¹⁶, l'interprétation complétive désigne un instrument destiné à déterminer les éléments manquants ou ambigus du contenu du contrat, lorsque, après la formation du contrat, les parties contractantes ne sont pas convenues des clauses relatives à la qualité, au prix ou aux honoraires, à l'adresse d'exécution, etc., ou lorsque les clauses convenues ne sont pas claires et précises. L'interprétation complétive n'est utilisée qu'en cas de défaut d'un accord entre les parties sur les éléments défectueux indiqués ci-dessus. La loi dispose seulement de deux modalités complétives : l'interprétation d'ensemble du contrat (au regard des clauses corrélatives) et l'interprétation d'usage (au regard à l'usage de transaction). Or, si l'interprétation complétive ne peut pas encore déterminer les éléments manquants ou ambigus, l'article 62 dispose directement les critères légaux pour compléter finalement le contenu du contrat. Comme l'indique M. S. Han⁵¹⁷, en tant que règle supplétive légale, l'article 62 ne participe pas à la règle d'interprétation complétive.

Distincts de leur fonction de clarification disposée par l'article 125, la clause corrélatrice et l'usage de transaction servent à combler, cette fois, les lacunes du contrat. Pourtant, la fonction complétive de l'interprétation d'ensemble du contrat n'est pas évidemment distincte de la fonction explicative de celle-ci. En effet, l'interprétation d'ensemble du contrat repose sur la cohérence intrinsèque des éléments contractuels. Elle est strictement liée à la déclaration de volonté des parties. Or, l'interprétation d'usage peut être indépendante de l'analyse de l'intention commune des parties, car l'usage est souvent considéré en tant que source rationnelle, au même rang que les impératifs d'ordre public.

De plus, il ne faut pas oublier la fonction complétive de la bonne foi, car l'expérience française montre clairement la grande utilité de la bonne foi en matière

⁵¹⁵ 王利明 WANG Liming *合同法研究 Recherche sur le droit des contrats*, op. cit. p.444.

⁵¹⁶ L'article 61 de la loi sur les contrats dispose qu'« après la formation du contrat, si les parties contractantes n'ont pas convenu des clauses relatives à la qualité, au prix ou aux honoraires, à l'adresse d'exécution, etc., ou si les clauses convenues ne sont pas claires et précises, les parties peuvent négocier un complément ; à défaut, le contenu concerné peut être déterminé par les clauses corrélatives ou par l'usage de transaction ».

de construction des obligations contractuelles. L'article 60, alinéa 2, de la loi chinoise sur les contrats prévoit que « les parties doivent, sous l'orientation du principe de bonne foi, exécuter les obligations de renseignement, d'assistance et de confiance, etc., d'après la nature et le but du contrat, et également d'après l'usage de transaction ». Cet article légal manifeste la fonction complétive de la bonne foi dans la constatation des obligations accessoires des contractants. Pour le droit chinois, il faut consacrer clairement l'interprétation complétive de bonne foi en droit des contrats.

§ 3. Règles d'interprétation d'équité

Le droit chinois ne crée pas une règle générale d'interprétation d'équité, comparé à l'article 1162 du Code civil français, mais il dispose spécifiquement de l'interprétation d'équité dans les contrats standardisés. Selon l'article 41 de la loi sur les contrats, « lors de la contestation dans la compréhension d'une clause standardisée, l'interprétation doit être exercée au regard du sens normal de la clause ; la clause susceptible de deux sens doit être interprétée contre ce qui l'a stipulé (...) ».

La spécificité de l'interprétation d'équité correspond, en effet, à la tendance mondiale de la conception d'équité. N'étant ni contre le débiteur, ni contre le créancier, l'interprétation d'équité vise une convention non négociée qui est rédigée par une des parties. Cette idée entre dans les avant-projets français de réforme du droit des contrats.

Après l'analyse du sens des règles d'interprétation du contrat, il est nécessaire d'observer l'exemple jurisprudentiel de l'application de ces règles.

⁵¹⁷ 韩世远 HAN Shiyuan, art. *op. cit.*, p. 85.

Section 2 : Exemple typique de l'application des règles d'interprétation

Les décisions judiciaires reposant sur les règles précitées d'interprétation du contrat sont rarement observées. Deux raisons principales existent : d'une part, les juges ont rarement invoqué les articles relatifs à l'interprétation du contrat dans leurs jugements ; d'autre part, les décisions invoquant les règles d'interprétation sont rarement publiées ou difficilement connues par la doctrine. Mais, malgré cette situation difficile, un arrêt rendu par la Cour suprême de Chine, en 1994⁵¹⁸, est largement référé par la doctrine.

La société d'import-export des produits mécaniques de Shaanxi (le vendeur) a signalé un contrat de vente de tôles d'acier avec la société des matériaux pétrochimiques de Shaanxi (l'acheteur). Le contenu du contrat se présente ainsi :

Objet	Tôles d'acier de 5 000 tonnes
Lieu de production	Pologne
Prix (en cas de la livraison au moyen du train à Xi'an)	4205 Yuans RMB ⁵¹⁹ /tonne, le prix total calculé selon la quantité réelle après examen des marchandises importées par l'autorité administrative.
Date et quantité de livraison	Le vendeur doit, avant le 5 juillet 1993, effectuer la déclaration d'importation à la douane du port de Shanghai et finir la livraison des marchandises après examen des marchandises par l'autorité administrative.
Lieu et mode de livraison	Magasin Shijiajie du département de Xi'an de la SARL de dépôt et de transport de Chine (voie n°201 dans la gare de Xi'an Est)
Chargement du transport	Le vendeur est chargé des risques et des dépenses de transport en Chine
Caution et Paiement	L'acheteur doit donner au vendeur une caution de 6 millions de yuans RMB au plus tard le 3 ^e jour après la conclusion du contrat de vente. Une fois les marchandises

⁵¹⁸ Voir, Cour suprême de Chine, 30 déc. 1994, Litige de contrat de vente entre la société d'import-export des produits mécaniques de Shaanxi et la société des matériaux pétrochimiques de Shaanxi, *Bull. civ. et com.*, VI, commenté par 梁慧星 LIANG Huixing, éd. 法律出版社 Law Press – China, 2003, www.law-times.net.

⁵¹⁹ Monnaie chinoise.

	arrivées au port de Shanghai et examinées par l'autorité administrative, le vendeur doit présenter les billets de transport interne des marchandises à l'acheteur, et celui-ci doit s'acquitter du contrat au plus tard le 5 ^e jour après la réception des billets.
Clauses pénales	1) L'acheteur ne doit pas refuser la réception des marchandises délivrées ; 2) si les marchandises n'arrivent pas au port de Shanghai le 5 juillet 1993, le vendeur doit payer les dommages-intérêts à raison de 1% de la valeur de la caution par jour ; 3) si l'acheteur ne paye pas le prix total à la date limite, il est sanctionné des dommages-intérêts à raison de 1 % du prix total (la quantité transportée × 4205 yuans/tonne/jour).
Durée effective du contrat	Du 19 mai 1993 au 30 août 1993

Après la signature du contrat, l'acheteur a versé la caution au vendeur, mais celui-ci ne s'est pas présenté à la date prévue (le 5 juillet 1993) pour effectuer la déclaration d'importation à la douane du port de Shanghai, faute du retard de livraison internationale. L'acheteur a alors informé le vendeur de la résiliation du contrat et a exigé le remboursement de la double caution et le paiement de l'indemnité pénale. Le vendeur a rapidement refusé toutes les exigences de l'acheteur et a continué d'exécuter les obligations du contrat. Le 25 juillet 1993, les marchandises sont arrivées au port de Shanghai. Toutes les marchandises ont été alors délivrées par lot au magasin Shijiajie de Xi'an jusqu'au 24 août 1993. Le lendemain, à la demande du vendeur, l'autorité administrative d'examen des marchandises importées et exportées a vérifié les tôles d'acier et rendu le certificat d'examen des marchandises. Le 28 août, le vendeur a informé l'acheteur de la livraison de toutes les marchandises au magasin indiqué ; il y a joint les billets de transport et le certificat d'examen et a exigé le paiement complet. Mais l'acheteur avait déjà présenté son assignation à la Cour supérieure de Shaanxi pour demander une résiliation judiciaire au contrat.

La Cour supérieure de Shaanxi a estimé que le contrat de vente entre les deux sociétés était légalement valable. En effet, l'acheteur (demandeur) a exécuté son obligation de donner la caution au vendeur à la date limite ; en revanche, le vendeur (défenseur) a violé l'obligation contractuelle d'effectuer la déclaration à la douane du port de Shanghai avant le 5 juillet 1993, et d'achever la livraison des marchandises après l'examen de celles-ci par l'autorité administrative. Le juge du fond a refusé la raison de force majeure par le défendeur en raison de l'absence de preuves. La Cour supérieure de Shaanxi a rendu sa décision en

jugeant que le contrat de vente entre les parties était légalement résilié ; le défendeur devait rembourser la caution à l'acheteur et également lui donner les dommages-intérêts pendant l'occupation de la caution. En conséquence, le défendeur s'est pourvu devant la Cour suprême de Chine.

La Cour suprême de Chine a également confirmé la validité du contrat. Elle a cependant pensé que la date du 5 juillet 1993 n'était pas la date limite de livraison des marchandises et que Shanghai n'était pas non plus le lieu de livraison. Le contrat stipulait clairement que le lieu de livraison était «le magasin Shijiajie du département de Xi'an de la SARL de dépôt et de transport de Chine (voie n°201 dans la gare de Xi'an Est) ». La Cour suprême a estimé que la date de livraison devait être la date d'arrivée des marchandises à Xi'an, mais le contrat ne le précisait pas. Or, la date du 15 juillet 1993 n'indiquait que la date d'arrivée des marchandises au port de Shanghai. Pour le retard d'arrivée des marchandises au port de Shanghai, le vendeur devait, selon la clause pénale du contrat, régler les dommages-intérêts à l'acheteur. Comme le vendeur a exécuté toutes les obligations contractuelles pendant la durée effective du contrat (du 19 mai au 30 août 1993), l'acheteur est responsable de viol des obligations contractuelles de réception et de paiement. En conséquence, la Cour suprême a pris la décision suivante : 1) Maintenir la décision de la Cour supérieure de Shaanxi sur la résiliation du contrat ; 2) Ordonner à l'acheteur de payer tous les dommages-intérêts au vendeur (perte de profit, indemnité d'intérêts, dépenses de dépôt, l'indemnisation des dommages d'action judiciaire, ...) ; 3) Ordonner au vendeur de payer les dommages-intérêts (120.000 yuans) à l'acheteur pour le retard d'arrivée des marchandises au port de Shanghai.

Le point central de ce litige est l'interprétation de la clause contractuelle au titre de « la date et la quantité de livraison », qui stipule que « le vendeur doit, avant le 5 juillet 1993, effectuer la déclaration des marchandises à la douane du port de Shanghai et achever la livraison des marchandises après l'examen de marchandises par l'autorité administrative ». Précisément, revenons sur la date du 5 juillet 1993. Est-elle la date limite de livraison des marchandises ou simplement la date d'arrivée des marchandises au port de Shanghai ? La Cour supérieure de Shaanxi a choisi la première hypothèse, et la Cour suprême de Chine a retenu la seconde. Selon nous, le sens littéral de cette clause contestée est plus proche de la première hypothèse. Cependant, il ne correspond pas au sens des autres clauses contractuelles, notamment au sens de celle sur la durée du contrat. Pour que la date du 5 juillet soit la condition nécessaire pour réaliser l'économie du contrat de l'acheteur, la disposition de la durée

effective du contrat est inutile. En revanche, pour que la définition de cette date par la Cour suprême soit correcte, la clause sur la date de livraison est nulle, et la clause pénale concernant cette date n'est également pas raisonnable. La Cour supérieure de Shaanxi n'a interprété la clause contestée qu'au sens littéral. Elle a négligé la portée entière du contrat. Il est donc correct, pour la Cour suprême, d'annuler la qualification du contrat en première instance. Selon le principe législatif d'interprétation entière du contrat, la Cour suprême a bien considéré tous les éléments intrinsèques du contrat : le lieu de livraison, le chargement de la livraison, les conditions de paiement, la durée effective du contrat et les clauses pénales. De plus, elle a observé certains éléments extrinsèques qui peuvent influencer sur l'interprétation du contrat. Par exemple, pour recevoir les marchandises, l'acheteur avait signalé un contrat de dépôt avec le magasin de Shijiajie après la formation du contrat de vente. Ce fait prouve que la clause contractuelle sur le lieu de livraison a été réelle et effective. Par ailleurs, les comportements d'exécution du vendeur ont manifesté le processus normal de la démarche du contrat et les circonstances réelles de diverses mailles du contrat. La Cour suprême a donc pensé que, comme la date de livraison devait correspondre au lieu de livraison, il était impossible que Shanghai soit le lieu accordé de livraison des marchandises. Le retard d'arrivée des marchandises au port de Shanghai ne doit donc pas être considéré comme une violation essentielle de l'obligation de livraison. L'acheteur n'avait pas le droit de résilier unilatéralement le contrat sous prétexte de ce retard.

Malgré l'acceptabilité du résultat de la décision de la Cour suprême et l'approbation de certains juristes chinois⁵²⁰, les interprétations aux clauses du contrat dans ce litige ne semblent pas éclairer la commune intention des parties, voire même dénaturer leur intention véritable. Plusieurs questions se posent quant à la date de livraison des marchandises. Pourquoi la date de livraison doit-elle correspondre au lieu de livraison ? Pourquoi le contrat pénalise-t-il le retard d'arrivée au port, si ce retard ne devient pas un retard de livraison ? La décision de la Cour suprême se fonde sur l'hypothèse que la date de livraison doit être le moment où le vendeur donne les marchandises à l'acheteur au lieu de livraison. Cette hypothèse dénote un raisonnement juridique modélisé, qui met le terme « livraison » dans un certain sens

⁵²⁰ Voir *supra*, note n° 518, commentaire de 梁慧星 LIANG Huixing ; voir aussi 韩世远 HAN Shiyuan, *op. préc.*, art., p. 78.

défini par la notion juridique. Cette définition standardisée sur la « livraison » conduit effectivement le jugement de la Cour suprême. En réalité, les parties, qui ne sont pas juristes, ne rédigent leur contrat que par besoin économique et jeu d'intérêts. Dans ce litige, la clause sur la date de livraison était assez claire. Elle ne doit pas être rejetée en raison d'une contradiction apparente avec les clauses concernant le lieu de livraison. En revanche, les autres clauses contractuelles correspondent à la clause relative à la date de livraison. La clause sur le prix (en cas de livraison par le train à Xi'an), celle sur les conditions de paiement de l'acheteur et la clause pénale, peuvent, avec la clause sur la date de livraison, manifester les obligations principales des parties et le sens exact de la « livraison » dans ce contrat : 1) le vendeur est chargé d'importer les marchandises indiquées par l'acheteur ; 2) quand les marchandises arrivent au port de Shanghai, le vendeur est chargé de les déclarer à la douane et de demander l'examen de marchandises à l'autorité administrative ; 3) après cet examen à Shanghai, le vendeur est chargé de transporter par le train toutes les marchandises au magasin indiqué de Xi'an **avant le 5 juillet 1993** ; 4) le vendeur présente à l'acheteur les billets de transport fournis au moment de livrer les marchandises au transporteur ; 5) l'acheteur doit complètement payer le prix du contrat au plus tard le 5^e jour après réception des billets de transport.

Selon le sens originel du contrat, l'examen des marchandises doit être effectué à Shanghai, avant le transfert par train. Le terme « livraison » désigne en réalité l'acte de **livrer les marchandises au transporteur**. C'est la raison pour laquelle devant les juges l'acheteur a toujours préconisé la livraison à **Shanghai**. Le magasin Shijiajie du département de Xi'an de la SARL de dépôt et de transport de Chine est cocontractant de l'acheteur dans le contrat de dépôt. Il lui est confié de recevoir les marchandises transportées. Cependant, aucune remise officielle n'est précisée entre les parties du contrat principal (acheteur et vendeur) pour la livraison des marchandises de Xi'an. Bien que le vendeur soit chargé d'assurer la dépense et le risque de transport, la « livraison » dans le texte contractuel s'arrête au transfert des marchandises chez le transporteur à Shanghai. Ici, nous devons comprendre que la langue courante n'est pas souvent conforme à une signification juridique.

Par ailleurs, l'obligation de paiement de l'acheteur confirme également ce constat. D'une part, l'obligation de paiement de l'acheteur commence au moment où

il reçoit du vendeur les billets de transport des marchandises (et non après la vérification de réception de l'acheteur) ; d'autre part, le calcul du prix du contrat se fonde sur la quantité examinée par l'autorité administrative (à Shanghai) ou sur la quantité transportée (de Shanghai). Il n'existe pas une disposition obligatoire de vérification par l'acheteur à Xi'an. Donc, le terme « livraison », dans le texte contractuel, ne doit pas être compris au sens juridique. Selon cette logique, le « lieu de livraison » doit aussi désigner le lieu de destination finale du transport.

Quant à la clause pénale concernant la date du 5 juillet 1993, la pénalité d'intérêt au retard d'arrivée des marchandises peut être considérée comme une sanction à l'impossibilité de la livraison avant la date limite. Mais, comme la durée de calcul de cette pénalité d'intérêt n'est pas claire dans le texte contractuel, la portée de la fixation de la date limite reste ambiguë. Si le calcul des intérêts est effectué de la date de la prestation de la caution jusqu'à la date de remboursement, le retard d'arrivée des marchandises au port de Shanghai (c'est-à-dire après le 5 juillet 1993) doit être considéré comme une violation essentielle qui entraîne l'impossibilité de l'économie du contrat de l'acheteur. Dans ce cas, le contrat doit être résilié. Si le calcul des intérêts est effectué du 6 juillet 1993 jusqu'à la date de livraison réelle des marchandises, le retard de livraison n'est pas une violation de l'obligation essentielle, et l'exécution du contrat doit continuer. Au regard de la clause sur la durée effective du contrat, nous pouvons faire la présomption que la seconde hypothèse reflète la commune intention des parties.

Au-delà du litige relatif à la date limite de livraison, nous devons étudier la conséquence de la violation de l'obligation contractuelle. Quand la violation des clauses contractuelles rompt l'économie du contrat d'une des parties, et qu'aucun remède effectif ne réduit ou ne répare les dommages, l'interprétation la plus juste, relative aux clauses contractuelles, est destinée à laisser le contrat mourir. En revanche, lorsque la situation du contrat permet encore la continuation d'exécution des obligations contractuelles, l'interprétation destinée à résilier le contrat ne correspond pas à l'intention véritable des parties au moment de la formation du contrat ni à la sécurité de la transaction. Dans ce litige, les comportements ultérieurs d'exécution du vendeur ont, en réalité, modifié les dispositions d'origine du contrat : le lieu de l'examen des marchandises par l'autorité administrative est transféré de

Shanghai à Xi'an ; le vendeur a remplacé l'acheteur dans la relation contractuelle de dépôt des marchandises avec le magasin Shijiajie ; l'examen des marchandises par l'administration est effectué après le transport des marchandises, ce qui signifie que le vendeur a déjà obtenu les billets de transport avant le contrôle administratif. Peut-il demander à l'acheteur le paiement de la transaction ? En ce cas, la Cour suprême n'a pas traité les comportements ultérieurs d'exécution violant les clauses contractuelles du vendeur. Par contre, elle a ordonné à l'acheteur de réparer les dépenses de dépôt du vendeur. Pouvons-nous nous interroger sur sa décision de maintenir le jugement de la Cour supérieure de Shaanxi sur la résiliation du contrat de vente ?

Cette jurisprudence justifie la polysémie des expressions (écrites et comportementales) et la nécessité de l'interprétation du contrat. Le rôle du juge est donc très important pour éclairer le fait contesté et retrouver la vérité du litige. Malheureusement, les diverses interprétations peuvent établir des « vérités » différentes, voire appliquer des solutions juridiques divergentes. Parfois, avec d'autres observateurs, nous ne pouvons pas parvenir à un accord univoque sur la vérité d'un litige à partir des preuves apparentes. En réalité, le secret du fait peut être caché jusqu'à la fin du litige. La « vérité du litige » est toujours une vérité de droit (vérité judiciaire), mais probablement pas celle de fait (vérité substantielle)⁵²¹. Selon J.-L. Bergel, « la preuve judiciaire n'est donc pas forcément celle d'une vérité objective, mais plutôt seulement celle d'une vérité relative »⁵²².

Le principe directeur de la fonction juridictionnelle en Chine peut être exprimé ainsi : « le fait est le fondement (du jugement) ; la loi est la norme »⁵²³. L'article 63 de la « Loi de procédure civile » chinoise affirme que les preuves ne sont considérées comme fondements de constatation de la vérité qu'après la vérification du juge. La Cour suprême de Chine effectue alors une interprétation judiciaire plus précise : « les jugements des tribunaux doivent se fonder sur les faits qui ont été vérifiés par les preuves »⁵²⁴. En droit français, selon l'alinéa premier de l'article 7 du Code de

⁵²¹ Voir par exemple, 周艳 ZHOU Yan, *op. préc.*, p.94 ; 孔祥俊 KONG Xiangjun, *司法理念与裁判方法 Philosophie judiciaire et méthodes du jugement*, éd. 法律出版社 Law Press de China, Pékin, 2005, p. 261-267.

⁵²² J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, Thémis, droit privé*, éd. Puf, Paris, 2001, p. 390.

⁵²³ Voir art. 7 de la loi de procédure civile en vigueur (2007) en Chine ; art. 6 de la Loi de procédure pénale en vigueur ; art. 4 de la Loi de procédure administrative en vigueur.

⁵²⁴ Cour suprême de Chine, *Règlements sur les preuves de procédure civile*, 6 déc. 2001, interprétation judiciaire (2001) n° 33.

procédure civile, « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ». Il est nécessaire, pour le juge, de vérifier les preuves présentées par les parties. Mais cette façon limite objectivement la connaissance du fait en litige. D'une part, les preuves sont occasionnellement obtenues par les parties, qui ne peuvent probablement pas refléter l'ensemble du fait en litige ; d'autre part, le processus de vérification est conduit par le juge, qui préfère les preuves correspondant à ses « intimes convictions ». Ces deux étapes de sélection écartent finalement de plus en plus la vérité de fait et la vérité judiciaire.

Sauf la dénaturation des faits du litige en raison d'apprécier faussement les preuves apparentes, les juges envisagent souvent une situation difficile où les circonstances réelles du contrat litigieux ne peuvent pas être parfaitement justifiées dans la limite de prescription. Par ailleurs, en matière civile, la preuve se heurte à la légalité des mesures de rassemblement et à la nécessité de protéger certains secrets qui peuvent l'emporter sur les exigences de la vérité judiciaire. Les juges refusent impérativement les preuves obtenues par des moyens illicites, sous la contrainte, en violation de la vie privée ou familiale, ou encore de manière déloyale...⁵²⁵, même si celles-ci peuvent manifester la vérité de fait du litige. Les secrets d'État, ceux de la vie privée ou des professions (secrets d'entreprise, secrets bancaires, secrets médicaux, secrets de certaines professions juridiques, etc.) sont conditionnellement exonérés de devenir des objets de débats au tribunal. En France, selon la Cour de cassation, le secret professionnel constitue un « motif légitime » de refus d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité⁵²⁶. La Cour suprême de Chine affirme, elle, que les tribunaux peuvent positivement entreprendre des investigations de preuves concernant les secrets d'État, professionnels ou de la vie privée à la demande d'une partie du litige⁵²⁷. Cette catégorie de litiges reste en dehors du public⁵²⁸.

Généralement, deux systèmes de preuve existent : celui de « la preuve légale » et celui de « l'intime conviction ». Le premier consiste à déterminer par la loi les

⁵²⁵ J.-L. BERGEL, *op. préc.*, p. 399 ; voir aussi 孔祥俊 KONG Xiangjun, *op. préc.*, p. 262.

⁵²⁶ Cass com., 13 juin 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 172 ; *RTD civ.*, 1996, 169, obs. J. MESTRE.

⁵²⁷ Cour suprême de Chine, *Règlements sur les preuves de procédure civile*, 6 déc. 2001, interprétation judiciaire (2001) n° 17.

⁵²⁸ Voir art. 66 et art. 120 de la Loi de procédure civile en vigueur (2007) en Chine.

modes de preuve admissibles et leur force probante ; le second confère au juge la liberté d'apprécier les preuves rapportées par les parties selon l'intime conviction⁵²⁹. Le système de la preuve légale comporte pratiquement des règles de fond relatives à la preuve qui imposent au juge d'admettre la réalité des faits exprimés par des preuves déterminées (par exemple, acte authentique, serment décisive prêté devant lui)⁵³⁰. Pourtant, la rigidité de ce système de preuve ne convient pas à la diversité des circonstances de fait. Il entraîne souvent une conséquence inacceptable de décision qui viole la justice sociale. Dans ce cas, le système de l'intime conviction devient donc nécessaire. Selon ce système de preuve, « le juge doit acquérir une certitude fondée sur les sentiments, les vertus de sincérité et de loyauté, la conscience et la morale que le juge peut et doit utiliser pour juger »⁵³¹. Par rapport à l'emploi explicite du droit pénal par le législateur⁵³², la notion de conviction n'apparaît explicitement que très rarement et sans être définie en matière civile⁵³³. Le législateur emploie le plus souvent des périphrases visant la « libre appréciation » ou les éléments de la conviction, même si l'article 198 du Code de procédure civile français dispose que le juge peut tirer « toutes conséquences de l'attitude des parties », ce qui revient pour le juge à se forger une conviction à partir de l'interprétation d'un comportement⁵³⁴. La Cour de cassation affirme, par plusieurs arrêts, que « le juge doit former sa conviction d'après les moyens de preuve admis par la loi »⁵³⁵. Selon J.-L. Bergel, « dans les systèmes juridiques contemporains, le système de l'intime conviction tend à l'emporter au prix d'une certaine régression du domaine de la preuve légale »⁵³⁶.

Le changement du système de preuve reflète non seulement le besoin de la pratique judiciaire, mais aussi profondément l'innovation de la philosophie judiciaire.

⁵²⁹ J.-L. BERGEL, *op. préc.*, p. 391.

⁵³⁰ R. PERROT, *Le droit à la preuve*, in *Effektiver rechtsschutz und Verfassungsmässige ordnung*, VII^e Congrès international de droit processuel, Würzburg, 1983, W. J. Habscheid (dir), p.95, cit. par BERGEL, p. 400.

⁵³¹ Gaëlle DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, thèse, Université de Paris I, 2002, n° 518, p. 406.

⁵³² Voir, art. 353 et art. 427 du Code de procédure pénale ; art. 342 du Code d'instruction criminelle.

⁵³³ Voir, art. 232 et 331-12 C. civ. ; art. 438 C. douanes ; art. L. 713-21 C. rural ; art. L. 122-14-3, L. 122-43, L.122-45, L. 122-52, L. 123-1, L. 212-1-1 C. travail.

⁵³⁴ G. DALBIGNAT-DEHARO, *op. préc.*, n° 516 et n° 517, p. 405.

⁵³⁵ Voir, par ex. : Cass. civ. 2^e, 25 fév. 1976 : *Bull. civ.* II, n°67 ; Cass. com., 29 mai 1990 : *Bull. civ.* IV, n° 157.

⁵³⁶ J.-L. BERGEL, *op. préc.*, p. 391.

Seconde partie : Interprétation du contrat extensive

Exerçant une interprétation du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties contractantes. En cas d'incertitude de volonté réelle, la décision judiciaire peut être fondée sur une volonté vraisemblable. Malheureusement, le critère de vraisemblance conduit, en effet, les juges à exercer une analyse purement psychologique qui n'est jamais convaincante. Cette méthode traditionnelle d'interprétation a subi nombre de critiques doctrinales.

En théorie, l'interprétation du contrat doit chercher une issue rationnelle pour cette impasse de la pratique. L'objectivation des critères d'interprétation du contrat est nécessaire, notamment lorsqu'il existe des lacunes ou des défauts dans le contenu du contrat. En réalité, les juges ont déjà essayé une interprétation extensive du contrat destinée à soit combler les lacunes contractuelles (Titre I), soit corriger les inconvénients du contenu du contrat (Titre II).

TITRE I. COMPLEMENT DES LACUNES CONTRACTUELLES

Le contrat est le fruit de l'accord. La recherche de la commune intention des parties correspond logiquement à la nature du contrat. Pourtant, l'obscurité du contenu du contrat vient parfois des lacunes entre les clauses. En pratique, deux circonstances peuvent entraîner ces lacunes. La première relève de l'oubli des parties sur certains éléments du contrat au moment de la conclusion du contrat. Dans les activités commerciales, les parties contractantes n'arrivent pas, généralement, à conclure un contrat complet, soit par négligence soit par imprévision de certaines circonstances présentes ou futures, les parties n'étant pas spécialistes en matière du contrat. La seconde circonstance tient aux éléments partiels à préciser après la conclusion du contrat. En effet, les parties contractantes n'ont pas, fréquemment, obtenu un accord sur certains éléments du contenu du contrat au moment de sa signature, mais elles s'accordent parfois pour les négocier après la formation du contrat. Ou bien, au moment de la signature du contrat, les parties n'étant pas parvenues à prévoir ni à préciser certains détails, elles veulent ultérieurement préciser ces lacunes selon les circonstances réelles de l'exécution du contrat.

Le comblement des lacunes contractuelles doit, en principe, être adressé aux parties contractantes. Mais, en cas de contestation entre elles, l'accord sur un comblement devient souvent impossible. De ce fait, l'intervention judiciaire devient nécessaire pour remédier au lien contractuel, en comblant les lacunes entre les clauses. On parle alors de comblement contractuel opéré par le juge. Afin d'apprécier la légitimité du comblement judiciaire, il faut révéler non seulement la condition préalable du comblement des lacunes contractuelles (Chapitre I), mais encore l'essence du comblement des lacunes contractuelles (Chapitre II).

Chapitre I. Condition préalable du comblement des lacunes contractuelles

Envisageant les circonstances de diverses lacunes du contrat, la démarche du pouvoir de comblement du juge est conditionnée par la formation du contrat, puisque celle-ci doit en principe être achevée avant la démarche du pouvoir d'interprétation du juge. Si les parties ne peuvent pas se mettre d'accord sur le contenu essentiel du contrat, le contrat n'est pas légalement formé. Cela signifie que le contrat n'existe pas. Dans ce cas, il n'est pas question de parler de lacune du contrat. On peut donc affirmer que les lacunes contractuelles désignent uniquement les éléments non essentiels dans le contenu du contrat, qui, eux, n'empêchent pas la formation du contrat au sens juridique⁵³⁷.

Quels sont les éléments essentiels du contrat ? Sans une définition claire, nous savons au moins qu'ils sont nécessaires pour la formation et la validité du contrat. Au regard de ce caractère, un indice légal apparaît dans la stipulation relative à l'offre valable. Selon l'article 14-1 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne 1980), « une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer ». La question ne paraît pas claire, tant dans les législations française et chinoise que dans la théorie du contrat de ces deux pays. Peut-on trouver des réponses dans leurs expériences doctrinales et judiciaires ? L'analyse vise d'abord les expériences du droit français (Section 1), puis celles du droit chinois (Section 2).

Section 1. Expériences du droit français

Le Code civil français ne comporte aucun article relatif au processus de formation du contrat. La doctrine et la jurisprudence ont dû pallier cette absence.

⁵³⁷ Voir 王泽鉴 WANG Zejian, *债法原理 (一) Théorie du droit des obligations, I*, éd. 中国政法大学出版社 Université Politique et juridique Press, 2003, p. 218 ; 崔建远 CUI Jianyuan, *op. précit.*, p. 31 ; 韩世远 HAN Shiyuan, *art. précit.*, p. 85.

Comme l'a indiqué Pothier, les éléments essentiels seraient ceux « qui impriment à un contrat sa coloration propre et en l'absence desquels ce dernier ne peut être caractérisé⁵³⁸ ». Monsieur J.-L. Aubert a également désigné que les éléments essentiels sont ceux « sans lesquels il serait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclue⁵³⁹ ». Les deux définitions ci-dessus soulignent les caractères propres d'un contrat, distincts des autres conventions, mais elles n'indiquent pas l'intérêt des éléments essentiels au contrat lui-même. Monsieur Ph. Delebecque a donc redéfini la notion en tant qu'« éléments centraux spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser⁵⁴⁰ ». Les éléments essentiels doivent directement manifester la nature d'échange économique du contrat.

Selon l'article 1583 du Code civil français, la vente est parfaite dès que les parties se sont accordées sur la chose et le prix⁵⁴¹. Par plusieurs arrêts, la Cour de cassation a confirmé ce principe concernant la formation du contrat de vente⁵⁴². Pourtant, l'article 1583 ne s'applique pas aux autres catégories de contrats. Or, la jurisprudence indique que « le degré de précision requis dépend largement de la nature du contrat projeté⁵⁴³ ». Plusieurs arrêts ont autorisé le juge du fond à pouvoir fixer le montant des honoraires que les parties n'avaient pas déterminé initialement dans un contrat d'ores et déjà formé⁵⁴⁴. Pour une précision minimale des éléments essentiels d'un bail à conclure, l'offrant doit mentionner non seulement la chose louée et le montant des loyers, mais encore la date d'entrée en jouissance dans son offre⁵⁴⁵. Le mode d'entretien constitue un élément déterminant de la convention dans la vente des matériels informatiques d'occasion⁵⁴⁶. La clause d'exclusivité territoriale est de l'essence du contrat de concession commerciale, mais non de celle du contrat de franchise⁵⁴⁷. De plus, la jurisprudence a même conditionné le principe établi par l'article 1583, en consacrant que le contrat de vente n'est pas formé à défaut d'accord sur les modalités de paiement du prix, dès lors que l'acheteur a fait connaître au

⁵³⁸ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1^{re} partie, n^{os} 6 et s., p. 6.

⁵³⁹ J.-L. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, thèse, Paris, éd. 1970, n^o 52.

⁵⁴⁰ Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, thèse ronéot, Aix, 1981, p. 198.

⁵⁴¹ Art. 1583 C. civ., « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

⁵⁴² Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1930 : *DP* 1931, 1, 118. - Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1970 : *JCP* 71, IV, 27 ; *Bull.* I, n^o 189, p.124. - Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1999 : *Contrat, conc., consom.* 1999, 156, note LEVENEUR ; *Bull.* I, n^o 189, p.124 ; *D.* 2000.622, note THIOYE. - Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000 : *Contrat, conc., consom.* 2000, p. 108, note LEVENEUR.

⁵⁴³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. précit.*, n^o 109, p. 119.

⁵⁴⁴ Par ex. : Req., 19 mai 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, 145 ; Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1973, *Bull. civ.* I, n^o 202, p. 180 ; Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1973, *Bull. civ.*, I, n^o 360, p. 318 ; Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1977, *Bull. civ.*, I, n^o 269, p. 213.

⁵⁴⁵ CA Toulouse, 21 fév. 1984, *RTD civ.*, 1984.707, obs. J. MESTRE.

⁵⁴⁶ Versailles, 21 mai 1986, *D.* 1987, 266, note J. HUEL.

⁵⁴⁷ Cass. com., 9 nov. 1993, *Contrat, conc., consom.* 1994, n^o 23, obs. L. LEVENEUR.

vendeur qu'il considérait ces modalités comme un élément constitutif de son consentement⁵⁴⁸.

Dans l'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des contrats, bien que l'alinéa 1^{er} de l'article 45 dise que « les contrats sont parfaits par le seul échange des consentements quelle qu'en soit la forme », l'article 23 affirme des éléments essentiels comme une condition nécessaire d'une offre légale destinée à la conclusion du contrat⁵⁴⁹. Malheureusement, cet avant-projet n'a pas précisé la signification du terme « éléments essentiels » dans le texte.

Pour chercher le sens exact de l'« élément essentiel » du contrat, nous devons revenir en arrière et nous référer à un grand arrêt de 1885. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé que « la vente est parfaite entre le vendeur et l'acheteur dès qu'ils sont convenus de la chose et du prix, à défaut d'accord sur les éléments accessoires du contrat ne pouvant empêcher sa formation à moins que les parties n'aient entendu reporter celle-ci jusqu'à la fixation de ces modalités⁵⁵⁰ ». Bien que cet arrêt ait encore traité un litige de vente dont l'importance de la chose et du prix est connue de tous les juristes contemporains, la Cour affirme de façon générale que, par rapport aux éléments essentiels, les éléments accessoires ne sont pas nécessaires à la formation du contrat. Si l'arrêt commenté avait le mérite de distinguer les éléments essentiels des éléments accessoires, la haute juridiction a, dans un autre arrêt plus récent, comblé la lacune relative à une modalité de paiement en affirmant que « la vente est parfaite (...), si l'acheteur, en faisant son prix, n'a stipulé aucun mode de paiement particulier, il est réputé soumis à l'article 1651 du Code civil⁵⁵¹ ». Selon l'article 1651, « s'il n'a rien été réglé à cet égard, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance ». Considérant la modalité de paiement comme un élément non essentiel, la haute juridiction a en effet consacré un comblement législatif des lacunes contractuelles au regard des circonstances objectives.

⁵⁴⁸ Cass. com., 16 avril 1991, *JCP* 92, II, 21871, note M.-O. GAIN.

⁵⁴⁹ L'alinéa 1^{er}, art.23, *l'Avant-Projet gouvernemental de réforme du droit des contrat*, 2008, stipulant qu'« est une offre la manifestation de volonté, faite à personne déterminée ou indéterminée, qui comprend les éléments essentiels du contrat et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

⁵⁵⁰ Req., 1^{er} déc. 1885, S. 87.1.167, cité H. CAPITANT, F. TEERE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, 12^e éd. Dalloz 2008, §145, p. 19.

⁵⁵¹ Rappr. Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1962, *D.* 1963. 61, *RTD civ.*, 1963.364, obs. CORNU.

De plus, par un arrêt de 1995⁵⁵², la Cour de cassation a constaté que « l'accord des parties sur le prix n'étant plus nécessaire, sauf exception, à la validité du contrat, la notion d'élément essentiel s'identifie non plus aux conditions de validité du contrat mais aux éléments structurels de celui-ci⁵⁵³ ». Le juge n'a pas nié que le prix soit un élément essentiel du contrat. Mais il a coupé le lien entre l'élément essentiel et la validité du contrat dans la conscience courante afin de sauvegarder la vie du contrat et de renforcer l'efficacité de la transaction économique. Quand l'élément essentiel n'est plus considéré comme la condition de la formation du contrat ou celle de la validité du contrat, l'appréciation de l'élément essentiel repose plutôt sur la nécessité d'une opération économique que sur la pertinence d'une qualification juridique. Précisément, la détermination d'un élément essentiel du contrat ne dépend pas de la qualification d'un contrat valable, mais réside dans la considération économique où cet élément est structurellement nécessaire pour la réalisation d'une opération contractuelle. L'objet du comblement du contrat ne se limite donc plus aux éléments non essentiels.

Section 2. Expériences du droit chinois

En ce qui concerne la politique législative du contrat, le droit chinois a une expérience d'évolution du formalisme au consensualisme. Dans la « Loi sur les contrats économiques » promulguée en 1981 et révisée en 1993, les éléments principaux du contrat ont été, au moyen de dispositions impératives, stipulés dans le texte légal⁵⁵⁴. Même si cette loi n'a pas employé le terme « éléments essentiels », la notion des « clauses principales » du contrat exprime la signification identique du premier terme, en considérant la nécessité absolue de ces clauses pour la validité du contrat. Selon l'article 12 de la loi sur les contrats économiques, « un contrat économique doit se composer de clauses principales suivantes : 1) l'objet (marchandise, service et entreprise etc.) ; 2) la qualité et la quantité ; 3) le prix ou les

⁵⁵² Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1996, 13, concl. JÉOL, note L. AYNÈS ; *JCP* 1996, II, 22565, concl. JÉOL, note J. GHESTIN ; *JCP E* 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; *JCP N* 1996, I, 93, obs. D. BOULANGER ; *Gaz. Pal.*, 1995.2.626, concl. JÉOL, note P. de FONBRESSIN ; *Deffrénois* 1996.747, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.*, 1996.153, obs. J. MESTRE.

⁵⁵³ H. CAPITANT, F. TEERE et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, *Grands arrêts*, t. 2, § 145, p. 24.

⁵⁵⁴ Voir, art. 12, 17, 18 et s., *Loi sur les contrats économiques*, 1981 et 1993. Cette loi a été remplacée par la loi sur les contrats, en vigueur en Chine depuis 1999.

horaires ; 4) la durée, le lieu et la modalité d'exécution ; 5) les responsabilités pour inexécution. Par ailleurs, les clauses imposées par la loi ou exigées par une des parties contractantes participent aussi des clauses principales du contrat économique ». Comme cette disposition légale constituait une règle générale impérative, les articles relatifs aux contrats spéciaux⁵⁵⁵ continuent à préciser les éléments essentiels de chaque type de contrat dans cette loi.

Pourtant, l'application des dispositions légales ci-dessus a entraîné, qu'au nom de l'absence de clause principale, les juges ont largement refusé dans les litiges quotidiens la validité des contrats conclus par les parties. Cette situation a gravement menacé la sécurité des transactions et le développement du commerce. Afin d'éviter les conséquences négatives, la Cour suprême de Chine a établi une politique judiciaire qui confie aux juges le pouvoir d'adoucir ces articles législatifs par l'interprétation de la loi⁵⁵⁶. À l'occasion de la réforme du droit des contrats, en 1999, les rédacteurs de la nouvelle « Loi sur les contrats » cherchaient à donner aux parties elles-mêmes le pouvoir de détermination du contenu du contrat afin de changer le formalisme trop rigide en matière de clauses contractuelles. Par l'article 12 de la loi sur les contrats en vigueur⁵⁵⁷, le législateur souligne d'abord que « le contenu du contrat est convenu par les parties ». Puis, il exprime une indication facultative, le contenu du contrat où « sont **généralement** incluses les clauses suivantes : 1) le nom et l'adresse de chaque partie ; 2) l'objet ; 3) la quantité ; 4) la qualité ; 5) le prix ou les honoraires ; 6) la durée, le lieu et la modalité d'exécution ; 7) les responsabilités pour inexécution ; 8) les moyens de résoudre la contestation des parties » en indiquant à la fin que « les parties contractantes peuvent référer divers modèles de contrats dans la rédaction du texte contractuel ». Écartant la notion des clauses principales employée par l'ancienne loi, l'article 12 de la loi sur les contrats consiste en effet à attirer l'attention des parties contractantes sur les éléments contractuels généraux. Il n'y a plus d'exigence impérative relative aux clauses principales ou aux éléments essentiels dans les dispositions légales générales. En ce sens, les clauses proposées dans la loi ne fonctionnent que comme éléments structurels du contrat, qui ne s'identifient plus aux conditions de formation du contrat.

⁵⁵⁵ De l'article 17 jusqu'à l'article 25 de la loi sur les contrats économiques.

⁵⁵⁶ 最高人民法院 Cour suprême de Chine, *全国民事审判工作座谈会纪要* *Compte-rendu de la conférence nationale sur le travail de jugement des litiges civils*, 22-27 juin 1993.

⁵⁵⁷ La *Loi sur les contrats* est entrée en vigueur en Chine depuis 1999 en se substituant aux anciennes lois sur les contrats économiques, les contrats techniques et les contrats économiques avec la participation du contractant étranger.

Cependant, cette situation législative n'implique pas qu'il n'existe plus de condition de la formation et de la validité du contrat en droit chinois. Pour établir un contrat, la rencontre des volontés des parties est théoriquement la condition unique. Techniquement, la rencontre des volontés est traduite par le régime de l'offre-acceptation, dont une des parties doit adresser au destinataire une offre valable. Selon l'article 14 de la loi sur les contrats, une offre doit se composer de contenu précis et concret. Mais quels sont les éléments d'une offre précise et concrète qui permet de former légalement un contrat ? La législation et la jurisprudence ne donnent aucune réponse claire.

En matière d'élément essentiel lié à la formation du contrat, la consécration jurisprudentielle est multiple. Le tribunal du quartier Haidian de Pékin a, dans l'une de ses décisions, affirmé que le contrat de création de la société n'était pas légalement formé en raison de l'absence de clauses d'apports proportionnels et de division des parts sociales⁵⁵⁸. Ainsi, l'absence de clause sur le prix des transactions rend caduque la formation du contrat de vente⁵⁵⁹. Dans la vente d'un produit, les éléments sur la qualité, la quantité et le prix sont essentiels pour légalement former un contrat⁵⁶⁰.

Dans un litige relevant d'un contrat d'assurance⁵⁶¹, il existe une relation permanente de coopération entre le demandeur (assuré) et le défendeur (assureur). En 1997, un demandeur a déposé au défendeur un exemplaire de sa souscription pour l'assurance de ses marchandises marines. Dans cet acte, la chose assurée, la nature des risques garantis, la durée et le montant de cette garantie étaient précisés. Pourtant, la prime d'assurance n'était pas indiquée en raison du manque d'information sur la vétusté du bateau nécessaire pour calculer le taux de la prime. Les parties se sont oralement mises d'accord sur le fait de préciser le montant de la prime dès qu'elles

⁵⁵⁸ 海淀区人民法院 Tribunal Haidian, (2001)海经初字第299号判决书 Arrêt (2001) Hai jing Chu Zi n°299, *合同法疑难案例评析 Grands Arrêts vol. 2002*, 北京市高级人民法院民二庭 La Cour supérieure de Pékin, 2° civ., éd. 法律出版社 Law Press, Pékin, 2003, p. 29.

⁵⁵⁹ Voir par exemple, Litige : Xingfa usine de vermicelles contre Société industrielle de Tongfa, commentaire 马强 MA Qiang (juge de la Cour supérieure de Pékin), *合同法新问题判解研究 Analyses des nouvelles questions dans les arrêts sur les contrats*, éd. 人民法院出版社 Cour Populaire Press, 2005, p. 29-40.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, Litige : Qixin usine de sable de rivière contre Société Tongjin de construction, p. 53-56. Voir aussi, Litige : Dacheng usine sidérurgique de Mongolie intérieure, Dafa SARL de matériaux sidérurgiques contre Jianhua SARL de construction, commentaire, 金剑峰, 王闯和赵雅君 JIN Jianfeng, WANG Chuang et ZHAO Yajun (juges à la Cour), *合同纠纷典型案例评析 Commentaires des arrêts typiques sur les litiges contractuels*, éd. Cour Populaire Press, 2004, p. 3-10.

⁵⁶¹ 上海市高级人民法院 Cour supérieure de Shanghai, (1999)沪高经终字第612号 Arrêt (1999) Hu Gao Jing Zhong Zi n° 612 : www.baioxianfa.cn.

obtiendraient l'information. L'assureur a accepté cette souscription avec une confirmation écrite et a visé l'exemplaire de souscription d'assurance. Malheureusement, un incendie est survenu pendant la durée de garantie du contrat. L'assureur a alors refusé la demande de l'assuré de payer l'indemnité d'assurance au motif qu'un contrat d'assurance légalement formé entre eux n'existait pas. La cour des affaires maritimes de Shanghai a cependant jugé que le contrat d'assurance avait été légalement formé entre les parties litigieuses, bien qu'il manquât la clause relative à la prime d'assurance. Parce que l'exemplaire de souscription contenait déjà l'acceptation claire de l'assureur et les éléments essentiels du contrat d'assurance, dont la prime pouvait être déterminée par l'usage de coopération permanente entre les parties. L'exemplaire officiel du contrat d'assurance n'est que la preuve qui peut clairement manifester le lien contractuel entre les parties. Il n'est pas obligatoire, tant formellement que substantiellement, pour la formation du contrat d'assurance. Cette position judiciaire a finalement été soutenue par la cour supérieure de Shanghai qui a rejeté le pourvoi du demandeur. En réalité, le juge du fond a toutefois considéré le prix comme élément essentiel du contrat. Par le moyen de l'interprétation constructive, il a fondé sa décision sur l'usage objectivement formé entre les parties, mais non pas sur l'accord express des parties. La lacune d'élément essentiel du contrat peut être comblée par l'interprétation du juge.

Selon la doctrine dominante, l'objet (ou la chose) était le seul élément essentiel absolu de toutes sortes de contrats, même si indiquer la quantité est généralement nécessaire dans la plupart des types de contrats⁵⁶². Bien que le prix joue un rôle omnipotent dans la vente, il n'est pas considéré comme élément essentiel absolu pour la formation des autres sortes de contrats⁵⁶³. De plus, il est possible dans la vente que la clause sur le prix d'échange ne soit pas claire et précise, mais que le contrat de vente soit bien formé. Les juristes chinois contemporains acceptent largement le point de vue selon lequel la nature du contrat détermine ses éléments essentiels⁵⁶⁴. Cette observation implique que les éléments essentiels du contrat reposent directement sur la nature du contrat regardée comme catégorie juridique du contrat, mais non sur la

⁵⁶² Voir Mission des travaux législatifs du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de Chine, *Interprétation de la Loi sur les contrats de Chine*, sous dir. HU Kangsheng, 2008, <http://www.cslawyer.com.cn/html/26/0882147.htm>.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ Voir, 王利明 WANG Liming, *合同法研究 Recherches sur le droit des contrats*, éd. 中国人民大学出版社 Renda Press, 2002, p. 210.

déclaration de la volonté des parties. Par ailleurs, le concept doctrinal qui rattache habituellement la notion d'élément essentiel à la formation du contrat ou à la validité du contrat, devient de moins en moins intéressant aujourd'hui, car le contenu de la notion d'élément essentiel diminue considérablement, jusqu'au seul objet même du contrat.

Depuis 1999, le législateur a conféré au juge le pouvoir de combler les lacunes contractuelles. Les éléments contractuels considérés comme clauses principales par l'ancienne loi sur les contrats économiques n'ont pas échappé à l'intervention du juge. Selon l'article 61 de la loi sur les contrats, lorsque les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur la qualité, le prix ou les honoraires, le lieu d'exécution, etc., ou lorsque les éléments de cet accord ne sont pas précis, les juges peuvent proposer aux parties de conclure une convention complémentaire. Au cas où cette convention complémentaire deviendrait impossible, les juges doivent, selon les clauses contractuelles corrélatives ou selon l'usage de transaction, préciser le contenu lacunaire. D'après les instruments ci-dessus, si les juges ne peuvent pas encore préciser les lacunes entre les clauses contractuelles, l'article 62 établit l'ordre de référence des critères préexistants : 1) quant à la qualité, les critères nationaux et professionnels doivent être privilégiés ; à défaut, le critère normal ou le critère qui correspond à la finalité du contrat est acceptable ; 2) quant au prix ou aux honoraires, le prix présent de marché du lieu d'exécution au moment de la formation du contrat constitue un critère de référence, à défaut du prix proposé ou déterminé par le gouvernement ; 3) quant au lieu d'exécution, la prestation en numéraire doit être exécutée au siège du créancier ; la livraison des immeubles s'est faite au lieu où les immeubles se trouvent ; les autres prestations se font au siège du débiteur ; 4) à défaut d'une date limite d'exécution, le débiteur peut à tout moment exécuter ses obligations ; le créancier peut aussi exiger l'exécution du débiteur à tout moment, à condition de lui laisser le temps de préparation raisonnable ; 5) la détermination de la modalité d'exécution doit reposer sur la considération de la réalisation du but du contrat ; 6) le tarif d'exécution est généralement tenu par le débiteur⁵⁶⁵.

Les règles du droit positif chinois relatives à la construction des lacunes du contrat imposent un ordre de choix des référentiels : la renégociation des parties →

d'autres clauses corrélatives du contrat ou l'usage de transaction → les critères supplémentaires fournis par la loi. Cet ordre manifeste le principe fondamental de l'interprétation du contrat : on doit mettre la commune intention des parties à la première place du contrat. Nous pouvons donc trouver une hiérarchie des volontés dans cet ordre : la commune intention claire des parties est privilégiée par rapport à l'intention présumée ; l'intention présumée des parties est privilégiée sur les critères de référence supplémentaires fournis par la loi.

Par rapport au formalisme contractuel dominant les contrats économiques avant 1999, le constat législatif du respect à la liberté contractuelle représente sans doute un avancement important du droit civil en Chine. Pourtant, cet avancement remarquable ne repose pas sur un libéralisme absolu selon lequel la commune intention des parties devient le fondement exclusif du contenu du contrat. En effet, les articles 61 et 62 de la loi sur les contrats diminuent le lien logique entre l'élément essentiel et la formation du contrat en constatant que divers éléments structurels du contrat sont susceptibles d'être comblés par le juge.

En conclusion, malgré les différences du contexte social et de l'institution juridique, la comparaison entre les droits français et chinois fait apparaître un certain nombre de points communs entre eux. D'une part, il ne convient plus à la notion traditionnelle d'élément essentiel de définir la formation du contrat ou la validité du contrat. En réalité, la détermination des conditions préalables du comblement des lacunes contractuelles ne dépend plus de la distinction entre les éléments essentiels et non essentiels. Or, d'autre part, même si la formation du contrat exige que la rencontre des volontés des parties doit précisément viser certains éléments substantiels du contrat à conclure, la détermination de ces éléments dépend de l'appréciation du juge au cas par cas. En effet, la nature du contrat contribue à classer ou à qualifier les éléments contractuels. Le comblement du contrat a donc le lien avec la nature du contrat, autrement dit, la nature du contrat détermine l'étendue d'application du comblement des lacunes contractuelles.

⁵⁶⁵ Voir aussi, art.88 des « *Principes généraux du droit civil de R.P. Chine* » (1986) et art.105 des « *Opinions de la Cour suprême de Chine sur les questions dans l'application des Principes généraux du droit civil* » (1988).

Lorsque la notion d'élément essentiel du contrat est dégagée de la condition de formation du contrat et de validité du contrat, l'objet du comblement des lacunes contractuelles ne peut plus se caractériser par les éléments non essentiels du contrat. Pour révéler à nouveau la nature juridique du comblement des lacunes contractuelles, il convient d'analyser profondément les devoirs « comblés » par la loi ou par le juge dans le contrat, dont les obligations accessoires sont illustratives.

Chapitre II. Essence du comblement des lacunes contractuelles au regard du débat relatif aux obligations accessoires du contrat

La consécration juridique des obligations accessoires contractuelles consiste à combler les lacunes de l'expression des volontés des contractants. Mais la légitimité de l'action de comblement du juge est souvent contestée par la doctrine qui, elle, s'interroge si les parties se sont bien accordées sur l'établissement d'une obligation accessoire. En droit français, la création judiciaire de l'obligation de sécurité illustre l'interprétation constructive du contrat (Section 1). Elle provoque une polémique doctrinale sur la distinction entre l'obligation contractuelle et le devoir général. En droit chinois, la recherche des obligations accessoires provoque également un débat relatif à la nature juridique du comblement des lacunes contractuelles (Section 2).

Section 1. Réflexions profondes sur l'obligation de sécurité en droit français

Les juges français affirment, malgré l'absence d'un accord clair entre les parties, une obligation contractuelle de sécurité tenue par une des parties contractantes. Quelle est la légitimité de cette création judiciaire (§ 1) ? L'obligation de sécurité a-t-elle un fondement légal convaincant (§ 2) ? Quelle est l'essence de cette obligation imposée (§ 3) ?

§ 1. Légitimité de la création judiciaire de l'obligation de sécurité.

Dans un arrêt bien connu de 1911⁵⁶⁶, la Cour de cassation a, par l'interprétation constructive du contrat, imposé au transporteur une obligation de résultat de conduire le passager à bon port, sain et sauf. L'esprit de cet arrêt a été progressivement confirmé et précisé par les arrêts ultérieurs⁵⁶⁷. En effet, l'obligation de sécurité ne s'est pas limitée au domaine du contrat de transport. La jurisprudence l'a étendu à de nombreux autres contrats spéciaux⁵⁶⁸. Bien que l'on puisse retrouver l'idée initiale de sécurité chez plusieurs auteurs depuis les années 1880 – en particulier Sauzet et Saintelette⁵⁶⁹ –, la naissance de l'obligation contractuelle de sécurité se fonde plutôt sur une nécessité réelle liée à la pratique, que sur la théorie doctrinale créatrice. L'objectif de la construction de cette obligation vise précisément le renforcement de l'indemnisation au profit de victimes d'une atteinte à la sécurité corporelle ou matérielle, en contournant le remède juridique inefficace de la responsabilité délictuelle traditionnelle pour faute : « l'obligation de sécurité est une obligation indemnitaire⁵⁷⁰ ».

Sous l'empire de cet objectif d'indemnisation, la construction de l'obligation de sécurité devrait avoir pour effet des avantages incomparables par rapport au remède juridique de responsabilité délictuelle. En effet, dans le cas de la responsabilité délictuelle pour faute, la victime doit au moins prouver l'existence de trois choses⁵⁷¹ : le préjudice, la faute subjective de l'auteur (par exemple : la malveillance, l'imprudence ou la négligence), la causalité entre le préjudice et le comportement accusable de l'auteur (ou le fait relatif à l'auteur). La responsabilité délictuelle sans faute n'économise que la condition sur une faute subjective parmi les trois exigences. Le créancier-victime est encore tenu de prouver le lien de causalité entre le dommage et l'accident imputable à l'auteur. Or, la construction de l'obligation de sécurité substitue l'obligation contractuelle aux trois éléments essentiels dans la mise en

⁵⁶⁶ Cass. civ., 21 nov. 1911, *DP* 1913.1.249, note L. SARRUT ; *S.* 1912.1.73, note Ch. LYON-CAEN ; H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd. Dalloz, 2008, § 276.

⁵⁶⁷ Voir ex., Cass. civ., 21 oct. 1997, *JCP* 97, IV, 2394 ; *Bull.* I, n° 288, p. 194 ; *Resp.civ. et assur.* 1997, 356 ; Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, *Bull. civ.* I, n° 511 ; *D.* 2007, AJ 15, obs. I. GALLMEISTER ; *CCC* 2007, n° 89, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2007, p. 392, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁵⁶⁸ Voir ex. : Cass. civ. 1^{re}, 2 fév. 1975, *D.* 1975. 512, note Ph. LE TOURNEAU ; 18 fév. 1986, *Gaz. Pal.* 1986. pan. 109 ; *RTD civ.* 1986. 770, obs. J. HUET ; 17 mars 1993, *JCP* 1993, IV, 1317 ; Cass. soc., 28 fév ; 2002, *Dr. soc.* 2002. 445, obs. A. LYON-CAEN ; Cass. civ. 2009, pourvoi n° 08-10070, *RDC* 2009/4, p. 1367, obs. S. CARVAL.

⁵⁶⁹ J.-L. HALPERIN, La naissance de l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, 2, *doctr.*, p. 1176 et s.

⁵⁷⁰ D. MAZEAUD, Le régime de l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, 2, *doctr.*, p. 1201.

⁵⁷¹ Voir art. 1382 et art. 1383 C. civ.

œuvre d'une responsabilité délictuelle. Le contrat lui-même constitue une manifestation claire du lien de causalité entre les prestations réciproques des parties. L'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations contractuelles comportent implicitement une présomption de faute subjective du débiteur. Ainsi, la formation de la responsabilité contractuelle n'exige pas une preuve de faute subjective. Il suffit pour le créancier de prouver seulement le fait objectif d'inexécution ou de la mauvaise exécution du débiteur. Comme l'a indiqué Monsieur H. Mazeaud, la Cour de cassation a traité un litige en partant de « la définition de la "faute objective"⁵⁷² ». Précisément, « la faute [objective] est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée, placée dans les mêmes circonstances "externes" que le défendeur⁵⁷³ ». Ce genre de faute est considéré par M. A. Bénabent comme « un manquement d'une partie à ses obligations⁵⁷⁴ ». Il explique que « c'est par référence au contenu du contrat qu'on apprécie le comportement du contractant sans interférence de la connotation morale qui s'attache au terme de "faute", raison pour laquelle on préférera parler de "manquement"⁵⁷⁵ ». En ce sens, la qualification d'obligation contractuelle de sécurité permet techniquement non seulement de diminuer les conditions de preuve à la charge de la victime, mais encore de simplifier l'indemnisation du préjudice.

Pourtant, si l'on s'est contenté de la solution judiciaire remédiant effectivement aux préjudices de la victime contractante, malgré l'inconvénient théorique de la jurisprudence d'obligation de sécurité et son traitement inégal aux victimes tiers, **la création des obligations de sécurité de moyens** diminue au contraire la protection de la victime contractante. Depuis l'initiative de R. Demogue sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat⁵⁷⁶, en combinant les articles 1137 et 1147 du Code civil, la doctrine et la jurisprudence ont systématiquement repris cette distinction. Sans garantie d'un succès de l'opération contractuelle, ce genre d'obligation contractuelle n'exige du débiteur que de prendre toutes les dispositions possibles pour pouvoir parvenir au but cherché par son créancier. En pratique, l'obligation de sécurité est de plus en plus qualifiée comme une obligation de

⁵⁷² H. MAZEAUD, obs. *D.* 1985, chr. 13, in l'arrêt Cass. Ass. Plénière, 9 mai 1984.

⁵⁷³ MM. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de droit civil : Obligations, théorie générale*, 9^e éd. Montchrestien, par F. CHABAS, 1998, n° 453, p. 466

⁵⁷⁴ A. BENABENT, *op. préc.*, 12^e éd., n° 405, p. 290.

⁵⁷⁵ *Eod. loc.*

moyens. Dans l'arrêt du 8 novembre 2000, la Cour de cassation a décidé que « la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est tenu contractuellement⁵⁷⁷ ». Dans un autre litige, la haute juridiction a estimé que « le club sportif et ses moniteurs ne sont tenus que d'une obligation de moyens en ce qui concerne la sécurité des adhérents dans la pratique de leur sport⁵⁷⁸ ». Un entrepreneur de spectacles n'est tenu, sauf circonstances exceptionnelles découlant de la nature du spectacle, que d'une obligation de moyens en ce qui concerne la sécurité des spectateurs⁵⁷⁹. L'exploitant d'un télésiège n'est tenu que d'une simple obligation de moyens pour les opérations d'embarquement et de débarquement au cours desquelles le skieur a une part active à jouer⁵⁸⁰.

En réalité, l'obligation de sécurité de moyens fait peser sur la victime contractante d'une atteinte à la sécurité une exigence de présenter au juge la preuve de la faute de son cocontractant, qui aurait pu être exonérée en cas d'obligation de résultat. En raison des difficultés en matière de preuves, la victime contractante ne peut souvent pas obtenir l'indemnisation venant de la part du débiteur d'une obligation de sécurité de moyens. Par contre, si la victime est un tiers, elle peut invoquer directement l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil qui invoque une responsabilité sans faute. La qualification d'obligation de moyens prive en effet l'obligation de sécurité de son utilité pratique. Or, l'inégalité de traitement judiciaire entre le contractant et le tiers, malgré qu'ils aient subi le même préjudice causé par le même accident, ne privilégie pas, pour cette fois, l'indemnisation de la victime contractante sur celle d'un tiers. La conséquence plus grave est, qu'en raison de la préexistence d'une règle du non cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles inventée par la jurisprudence, la victime contractante d'un accident ne peut pas avoir recours au remède du régime de responsabilité extracontractuelle⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ R. DEMOGUE, *Traité des obligations : sources des obligations (suite et fin)*, t. V, éd. A. Rousseau, 1925, n°1237.

⁵⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2000, *Juris-Data* n° 006741 ; *JCP* 2001, II, 10493, rapp. SARGOS et note CHABAS ; I, 340, n°19, obs. VINEY ; *Contrat, conc., consom.* 2001, 3, note LEVENEUR ; *Resp. civ. et assur.* 2000, 375 ; *Bull. I*, n°287, p. 186 ; *Deffrénois* 2001, 267, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 2001, 154, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2001, somm. 2236, obs. D. MAZEAUD.

⁵⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 1995, *JCP*, 96, IV, 92 ; *Bull. civ.*, I, n° 424, p. 296.

⁵⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1989, *JCP* 90, IV, 32 ; *Bull. civ.*, I, n° 371.

⁵⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 15 juill. 1999, *Resp. civ. et assur.*, 1999, 315.

⁵⁸¹ Cass. civ., 6 avril 1927, *S.* 1927.1.201, note H. MAZEAUD ; Cass. 2^e civ., 7 déc. 1955, *JCP* 56, II, 9246, note ESMEIN, 2^e esp. ; Cass. 2^e civ., 24 juin 1987, *Bull.* II, n° 142, p. 81 ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, *Contrats, conc., consom.*, 2002, 106, note L. LEVENEUR. En jugeant que « les articles 1382 et suivants du Code civil sont sans application lorsqu'il s'agit d'une

Cette situation a fait l'objet d'attaques doctrinales dont la consécration judiciaire d'une obligation de sécurité de moyens est reprochée de nuire aux victimes contractantes⁵⁸². Selon M^{me} G. Viney, « il était inévitable que ce changement transformât et même inversât la signification et la finalité de cette obligation⁵⁸³ ».

Étant qualifiée de moyens, l'obligation contractuelle de sécurité semble tomber dans une situation sans issue. Comme l'indique M. Ph. Le Tourneau, « les obligations de sécurité n'ont d'intérêt que si elles sont des résultats, comme cela était le cas lorsqu'elles furent inventées ; il est donc souhaitable que disparaissent totalement celles qui sont qualifiées de moyens⁵⁸⁴ ». Cette solution de dé-contractualisation partielle proposée n'est pas inacceptable, car si l'obligation de sécurité n'implique qu'une obligation générale de prudence et de diligence tenue par une partie vers son cocontractant, le débiteur échappe facilement à la responsabilité d'indemnisation, et cette obligation de sécurité ne manifeste pas sa fonction autonome de protection des victimes contre l'atteinte à la sécurité corporelle et matérielle du créancier. La Cour de cassation a en effet rendu des arrêts par lesquels elle consacre une responsabilité délictuelle de réparation au sein de la relation contractuelle. Notamment en matière de transport, la haute juridiction a constaté que l'obligation de transporter le voyageur sain et sauf n'existe que pendant l'exécution du contrat de transport, c'est-à-dire à partir du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule jusqu'au moment où il achève d'en descendre⁵⁸⁵. Or, « en dehors de l'exécution du contrat de transport, la responsabilité du transporteur à l'égard du voyageur est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle⁵⁸⁶ ». D'ailleurs, les juges ont appliqué cette solution dans diverses circonstances contractuelles, dont le préjudice des contractants-victimes venant d'un accident ayant eu lieu dans les locaux d'une des parties⁵⁸⁷.

faute commise dans l'inexécution d'une obligation résultant d'un contrat » ; Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, *Bull. civ.* II, n° 136, *RTD civ.* 2006, p. 779, obs. P. JOURDAIN, *RDC*-avril 2007, p.286-291, obs. J.-S. BORGHETTI.

⁵⁸² Cf. MM. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de droit civil : Obligations, théorie générale*, 9^e éd., *op. préc.*, n° 402, p. 400.

⁵⁸³ G. VINEY, Rapport de synthèse, Colloque sur l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, p. 1213.

⁵⁸⁴ Ph. LE TOURNEAU et al., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^e éd. Dalloz Action, 2010/2011, sous la dir. de Ph. LE TOURNEAU, n° 3309.

⁵⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1969, *JCP* 69, II, 16091, concl. Lindon ; Cass. 1^{re} civ., 26 juin 1990, *Bull.* I, n° 181 p.126.

⁵⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, *Bull.* I, n° 118, p. 77 ; *D.* 1991, I, note Malaurie ; *RTD civ.* 1989, 548, obs. Jourdain.

⁵⁸⁷ Voir par ex. : Cass. civ. 2^e, 10 janv. 1990, n° 87-13.194, *NPT*, *RTD civ.* 1990, 481, obs. P. JOURDAIN (cabinet médical) ; 4 juill. 1990, n° 89-15.713, *Bull. civ.* II, n° 165 (salon de coiffure) ; 5 juin 1991, n° 88-20.132, *Bull. civ.* II, n° 176 (magasin en libre service).

Afin de sauvegarder l'égalité des traitements aux victimes contractantes et aux victimes de tiers des dommages causés par un accident identique, la décontractualisation partielle cherche à substituer la responsabilité délictuelle sans faute à la responsabilité pour faute prouvée venant d'une obligation de sécurité de moyens. Par conséquent, le domaine d'application de la responsabilité délictuelle sans faute s'est largement étendu. Surtout, ce genre de responsabilité a peu à peu pénétré dans les rapports entre les parties contractantes.

Cependant, malgré l'expression de l'obligation de sécurité de moyens, l'expansion de la responsabilité délictuelle sans faute ne peut pas effectivement couvrir la catégorie de responsabilité pour faute prouvée, définie par l'obligation contractuelle de diligence relative à la sécurité de personne et de choses. Car, d'une part, il existe des risques qui échappent à la maîtrise du débiteur dont des aléas et des actions propres de la victime qui influencent fortement le résultat de l'exécution du contrat. Dans ces cas, imposer au débiteur une responsabilité sans faute viole la légitimité minimum du droit. Au regard de l'esprit du Code civil, la responsabilité pour faute est créée comme modalité générale de la sanction civile⁵⁸⁸. Or, la responsabilité sans faute demeure une modalité spéciale de sanction destinée à remédier, pour les victimes, à un dommage causé par des personnes protégées ou dirigées, et par des choses gardées. Même si le postulat de la primauté de la responsabilité fondée sur la faute envisage aujourd'hui un défi considérable de la mutation de l'impératif de renforcer la protection des intérêts corporels et matériels des victimes, le système classique de responsabilité civile n'a pas fondamentalement perdu sa légitimité. De plus, toutes les responsabilités contractuelles se fondent en effet sur la faute. Outre une responsabilité pour faute prouvée auprès de l'obligation contractuelle de prudence et de diligence, exprimée dans l'article 1137 du Code civil, l'article 1147 du Code civil, en tant que fondement principal de l'obligation de résultat, constate une responsabilité pour faute renforcée en obligeant le débiteur à prouver la cause excusable. Il est donc très difficile de substituer la responsabilité délictuelle sans faute aux responsabilités contractuelles pour faute.

⁵⁸⁸ Voir par ex. : R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2^e éd., t. I, n° 280 ; MM. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de droit civil*, op. préc., n° 439, constatant que « les juges ne posent pas comme principe que la personne qui agit sans faute peut être responsable ».

D'autre part, il existe en réalité une différence essentielle entre la nature de la responsabilité délictuelle sans faute et celle de la responsabilité pour faute provoquée par le devoir ou l'obligation de prudence et de diligence. Puisque la première ne peut pas remplacer la seconde dans le domaine de responsabilité délictuelle, la responsabilité pour faute prouvée venant de l'obligation contractuelle de prudence et de diligence échappe, pour une même raison, à un remplacement hétérogène effectué par la responsabilité délictuelle sans faute. La pratique judiciaire a justifié l'impossibilité de ce remplacement entre les responsabilités hétérogènes. Le mouvement de dé-contractualisation partielle « n'a eu finalement qu'un impact assez limité⁵⁸⁹ ». Les juges n'ont pas raturé tous les arrêts qualifiés par l'obligation de sécurité de moyens, dont la violation d'une obligation de prudence et de diligence ne provoque que la responsabilité pour faute prouvée. Cette réalité judiciaire conduit le débat de l'obligation de sécurité à réaliser un transfert du noyau, de l'efficacité de l'indemnisation des victimes à la légitimité de cette indemnisation, du choix de la technique indemnitaire à la réflexion de la théorie fondamentale de responsabilité civile. Comme l'a indiqué M^{me} G. Viney, la renaissance de l'obligation de sécurité « a mis l'accent sur le véritable enjeu du débat qui est celui de la place légitime de la responsabilité sans faute dans le domaine des atteintes à la sécurité⁵⁹⁰ ».

Reprochant sévèrement l'obligation contractuelle de sécurité qui a donné lieu au désordre du système traditionnel de la responsabilité civile, un certain nombre d'auteurs vont plus loin en préconisant d'écarter absolument la conception de l'obligation de sécurité dans le contrat, c'est-à-dire une dé-contractualisation totale dans le domaine des atteintes à la sécurité⁵⁹¹. Selon eux, le contrat est l'accord des parties sur le contenu du contrat, et l'obligation de sécurité est rarement exprimée dans le texte du contrat. Ignorant l'éventualité du consentement des parties et l'opportunité de l'intervention d'une règle d'ordre public, ils concluent que « le contrat ne comporte pas réellement cette obligation⁵⁹² ». Ils soutiennent la consécration d'un devoir général de ne pas porter atteinte à la sécurité d'autrui. Cette qualification, d'une part, permet de réaliser une protection égale des victimes

⁵⁸⁹ G. VINEY, Rapport de synthèse, *op. préc.*, *Gaz. Pal.* 1997, p. 1217.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 1218.

⁵⁹¹ Voir par ex. : Ph. LE TOURNEAU et al., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^e éd., *op. préc.*, n°3309 ; C. BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Préface de R. BOUT, éd. PUAM, 2002, p. 160 et s.

⁵⁹² Ph. LE TOURNEAU et s., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^e éd., *op. préc.*, n° 3309.

contractantes et tierces ; d'autre part, elle respecte le système durable traditionnel du régime de responsabilité civile. En vue de renforcer la protection de la sécurité corporelle de l'homme, certains auteurs préconisent de créer une catégorie spéciale de responsabilité sans faute reposant sur un droit des accidents corporels⁵⁹³.

Pourtant, il n'est pas sûr que la dé-contractualisation totale de l'obligation de sécurité puisse rétablir l'ordre et la cohérence du système durable de responsabilité civile. D'une part, l'obligation de sécurité peut être caractérisée non seulement par un impératif universel de la société humaine s'inscrivant dans l'intérêt général, mais également par une exigence particulière de l'exécution d'un contrat résidant dans l'intérêt individuel. Même pour les tenants fermes de la dé-contractualisation, ils ne peuvent pas nier le fait qu'il existe un lien strict entre l'obligation principale du contrat et la sécurité du corps ou du bien d'un contractant dans certaines catégories de contrats, dont le contrat de transport est typique⁵⁹⁴. M^{me} G. Viney n'a proposé qu'une dé-contractualisation de l'obligation de sécurité des personnes. Elle a affirmé la nécessité de préserver « un certain champ d'action pour les clauses non abusives aménageant la responsabilité pour les dommages matériels⁵⁹⁵ ». En réalité, dans de nombreux cas, l'obligation de sécurité n'existe pas indépendamment du contrat ; elle est même convenue par les parties.

D'autre part, la crise du système durable de responsabilité civile n'est pas uniquement due à la renaissance de l'obligation de sécurité. Nous devons regarder l'évolution contemporaine du système de responsabilité civile dans le contexte global du mouvement des relations économiques dont les phénomènes de déséquilibre des forces entre les professionnels et leur clientèle profane sont en pleine effervescence. De plus, le développement de l'échange de marchandises et de services étend objectivement le domaine et l'intensité d'influence des dommages causés par une prestation commerciale. Pour apporter un remède efficace aux victimes, les juges et le législateur tendent à utiliser les règles d'ordre public qui peuvent légitimement donner aux victimes le droit à réparation du préjudice et rétablir une équivalence entre les dommages subis par les victimes et leurs indemnités obtenues. L'intervention de l'ordre public dans les activités de commerce se caractérise par un

⁵⁹³ Voir Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2000/2001, éd. Dalloz Action, n° 77, p. 27 ; G. VINEY, Rapport de synthèse, op. préc., *Gaz. Pal.* 1997, p. 1218 ; C. BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, op. préc., p. 182 et s.

⁵⁹⁴ Ex. P. JOURDAIN, Le fondement de l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, 2, *doctr.*, p. 1199.

⁵⁹⁵ G. VINEY, Rapport de synthèse, op. préc., *eod. loc.*

courant d'objectivation de la responsabilité civile. La modalité de responsabilité objective est de plus en plus retenue par les juges et le législateur. La responsabilité d'indemnisation du débiteur tend à se spécialiser davantage, ce qui bouleverse le régime général fondé sur la distinction des responsabilités, contractuelle et délictuelle. En 1985, le législateur a établi un régime spécial de responsabilité d'indemnisation en faveur des victimes d'accidents de la circulation, sans distinction de la qualité de victime, contractant ou tiers⁵⁹⁶. Puis, sous l'influence de la directive européenne du 25 juillet 1985, le législateur français a accepté, en 1998, une nouvelle modalité de responsabilité du fait des choses⁵⁹⁷ : la responsabilité du fait des produits défectueux, et l'a ajouté dans le Code civil. Il est curieux que le législateur n'ait pas inclus cette nouvelle responsabilité civile dans le titre IV qui se caractérise par les engagements extracontractuels. Il a en effet construit un titre nouveau, quasiment indépendant du précédent, dans le Code civil. Ainsi, la responsabilité du fait des produits défectueux se trouve en dehors de la distinction classique entre les responsabilités contractuelle et délictuelle. Selon M. D. Mazeaud, « ce régime légal favorable d'indemnisation s'applique, sans discrimination ou distinction, à toutes les catégories de victimes : contractant ou tiers, victime directe ou par ricochet, consommateur ou professionnel⁵⁹⁸ ». C'est « une troisième voie qui conduit à soumettre à des règles identiques toutes les victimes »⁵⁹⁹, en dépassant la classification duelle traditionnelle du droit français de responsabilités.

Cette observation a été confirmée par l'arrêt remarquable du 6 octobre 2006 rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation⁶⁰⁰. Par cet arrêt, la haute juridiction française a décidé d'harmoniser la politique judiciaire appliquée par ses chambres composantes⁶⁰¹ en matière d'indemnisation du tiers victime d'un dommage

⁵⁹⁶ Cf. Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

⁵⁹⁷ Cf. Loi n° 98-389 du 19 mai 1998, codifiée dans les articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil.

⁵⁹⁸ D. MAZEAUD, *À partir d'un petit cas tragique outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilités...*, in Mélange à G. VINEY, éd. LGDJ, 2008, n° 18, p. 725.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 724.

⁶⁰⁰ Cass. Ass. Plén., 6 oct. 2006, pourvoi n° 05-13.255, *Bull.*, n° 9, p. 23; *D.* 2006, p. 2825, note G. VINEY; *JCP* 2006.II.10181, obs. M. BILLIAU; *RDC* 2007, p. 269, obs. D. MAZEAUD, et p. 379, obs. J.-B. SEUBE; *RTD civ.*, 2007, p. 123, obs. P. JOURDAIN.

⁶⁰¹ Notant qu'il existait une divergence d'opinion entre les chambres de la Cour de cassation, la première chambre civile avait pris une position favorisant la suppression de la distinction des traitements en matière de preuve relative aux réparations contractuelle et extra-contractuelle causées par un manquement contractuel (Cass. civ. 1^{re}, 18 juil. 2000, *Bull.*, I, n° 221; *CCC* 2000, comm. n° 275, obs. L. LEVENEUR; *RTD civ.* 2001, p. 146, obs. P. JOURDAIN; 13 fév. 2001, *Bull.*, I, n° 35, *D.* 2001, somm., p. 2234, obs. Ph. DELEBECQUE; 18 mai 2004, *D.* 2005, pan., p. 194, obs. D. MAZEAUD). Les deuxième et troisième chambres s'étaient ralliées à la position de la première (voir Cass. civ. 2^e, 17 mai 1995, *RTD civ.*, 1995, p. 895, obs. P. JOURDAIN; 19 juin 1996, *Defrénois* 1996, p. 1373, obs. Ph. DELEBECQUE; *RTD civ.* 1997, p. 144, obs. P. JOURDAIN; 23 oct. 2003, *Bull.*, II, n° 330; Cass. civ. 3^e, 25 mars 1998, *JCP G* 1998, I, 144, obs. G. VINEY; 6 janvier 1999, *Bull.*, III, n° 3). En revanche, la chambre commerciale avait pris une position plus classique en maintenant une

causé par l'inexécution d'un contrat, en déclarant que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». Cette décision constate une nouvelle fois l'objectivation de la responsabilité civile dont le manquement contractuel est implicitement considéré comme un fait illicite contre le devoir général de comportement, telle que l'obligation de sécurité. Comme l'a expliqué M. Mazeaud, « l'Assemblée plénière apporte donc un tempérament au principe de la distinction des deux ordres de responsabilité, en abandonnant la règle de la relativité de la faute contractuelle et en alignant, sur le plan du fait générateur de la responsabilité du débiteur contractuel, le sort du tiers sur celui du créancier contractuel⁶⁰² ». En effet, le traitement de la Cour de cassation dans cet arrêt constitue une « 'quasi-contractualisation' de l'action en responsabilité extra-contractuelle du tiers victime⁶⁰³ ».

M^{me} Viney relève que « les véritables intérêts en jeu ... consistent à assurer correctement la réparation des dommages et à prévenir les comportements anti-sociaux⁶⁰⁴ ». Dès lors, sous l'impératif d'indemnisation du préjudice corporel et matériel, le droit français de la responsabilité civile est en train de réaliser un dépassement de la classification traditionnelle en unifiant deux ordres de responsabilité civile. En fait, ce phénomène reflète essentiellement l'exigence de la valeur de justice sociale sur laquelle repose l'intervention contemporaine des règles d'ordre public dans le libéralisme économique.

Cependant, l'essor des régimes spéciaux de responsabilité civile ne peut pas remédier aux cas de toutes les victimes. L'étendue des obligations de sécurité établies par la jurisprudence est beaucoup plus large que les devoirs de sécurité disposés par les lois spéciales, notamment en matière de contrat d'entreprise ou de prestation de services. Les régimes spéciaux de responsabilité civile ne visent que certains sujets de comportement ou certains types de contrat. Or, le droit commun doit toutefois fournir aux juges ou aux acteurs du comportement une indication légale au sens général.

distinction des traitements en matière de preuve relative aux réparations contractuelle et délictuelle (Cass. com., 8 oct. 2002, *JCP G* 2003, I, 152, obs. G. VINEY ; 5 avril 2005, *Bull.* IV, n° 81 ; *D.* 2005, pan., p. 2848, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RDC* 2005, p. 687, obs. D. MAZEAUD).

⁶⁰² D. MAZEAUD, obs., in *RDC* 2007, p. 271.

⁶⁰³ Voir D. MAZEAUD, *art. op. préc.*, in *Mélanges à Madame G. VINEY*, p. 727-730.

Même si les solutions actuelles créées par la jurisprudence n'échappent pas, en apparence, au cadre classique de la distinction des deux ordres de responsabilités contractuelle et extracontractuelle, la consécration judiciaire d'une responsabilité contractuelle du fait des choses conduit à une abolition de la différence des résultats d'indemnisation entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle⁶⁰⁵.

Cette invention jurisprudentielle fournit, en effet, un biais pour indemniser les victimes contractantes qui envisagent une obligation de sécurité de moyens tenue par leur partenaire. Il n'est pas exact de considérer ce biais comme une délictualisation de la responsabilité contractuelle, car le développement contemporain du droit de la responsabilité civile a affirmé que la responsabilité délictuelle ne se caractérise plus exclusivement par la responsabilité du fait des choses ou d'autrui. Le contrat possède également une fonction de disposer la réparation en faveur du créancier. Le constat jurisprudentiel de la responsabilité contractuelle du fait des choses reflète justement la fonction de réparation du contrat. Comme l'a indiqué M. Henri Mazeaud, « dans le domaine extracontractuel, la loi a créé des présomptions [...] ; la jurisprudence, de son côté, a soumis tout le domaine de la responsabilité du fait des choses à un régime de présomption, lesquelles, comme la règle édictée en matière contractuelle par l'article 1147, obligent à prouver la cause étrangère⁶⁰⁶ ». Puisque la présomption constitue seulement la caractéristique technique de la responsabilité objective sans faute, elle n'est pas exclusivement réservée à la responsabilité délictuelle sans faute. La responsabilité contractuelle du fait des choses est, regardée comme une obligation de résultat ou une responsabilité objective contractuelle tenue par le débiteur, tout à fait acceptable en théorie du droit. Même si cette responsabilité contractuelle créée par la jurisprudence, qui emprunte actuellement l'esprit de l'article 1384, al. 1 du Code civil, manque encore un fondement légal direct, il est raisonnable de disposer un principe général de responsabilité contractuelle du fait des choses dans le projet de réforme du droit français de la responsabilité civile.

⁶⁰⁴ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, éd. LGDJ, 2008, n° 669.

⁶⁰⁵ Voir Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 43 ; *D.* 1995, p. 350, note P. JOURDAIN ; *JCP G*, 1995.I.3853, n° 9 et s., obs; G. VINEY; voir aussi, 9 nov. 1999, *D.* 2000, p. 117, note P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2000.I.10251, n° 7-8, note Ph. BRUN.

En réalité, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dont le groupe de travail d'élaboration des règles relatives à la responsabilité civile est dirigé par M^{me} G. Viney et M. G. Durry, offre à la victime contractante une faculté d'option entre les ordres de responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Selon l'article 1341 de cet avant-projet, lorsque l'inexécution contractuelle « provoque un dommage corporel, le cocontractant peut, pour obtenir réparation de ce dommage, opter en faveur des règles qui lui sont plus favorables⁶⁰⁷ » dont le créancier peut bénéficier d'une réparation de responsabilité extra-contractuelle. Sans doute, cette règle rédigée confirme-t-elle en effet que l'impératif d'indemnisation du dommage corporel conduit à un dépassement de la qualification des responsabilités civiles légales au statut de la victime, peu importe que cette victime soit contractante ou tierce. En ce qui concerne le tiers-victime, l'avant-projet de réforme propose également de lui donner une faculté d'opter pour la modalité d'exercer l'action en responsabilité civile entre l'ordre contractuel et l'ordre extra-contractuel⁶⁰⁸. Dans cette règle réside toutefois l'esprit d'améliorer la réparation du préjudice de la victime. Si l'action en responsabilité contractuelle peut satisfaire au mieux l'attente d'indemnisation du tiers-victime, la qualité de tiers du contrat n'empêche pas, selon cette règle, la victime d'exiger une exécution en nature des prestations contractuelles ou une réparation du dommage-intérêt au regard de l'intérêt bénéficié en cas d'exécution parfaite du contrat. Évidemment, les nouvelles dispositions ci-dessus, établies par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription de 2006, fournissent des solutions qui mettent fin à l'inégalité de l'indemnisation du préjudice de diverses catégories des victimes qui subissent un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle. Elles font disparaître également les conséquences malheureuses provoquées par la qualification de l'obligation de moyens, notamment de l'obligation de sécurité de moyens.

Pourtant, l'avant-projet de réforme ci-dessus ne répond pas clairement aux questions controversées relatives à la nature de la responsabilité du fait des choses ou à la nature de l'obligation de sécurité. Cette situation expose la difficulté de qualifier

⁶⁰⁶ H. MAZEAUD, Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles ; obligations déterminées et obligations générales de prudence et diligence, *RTD civ.* 1936, p. 1-38.

⁶⁰⁷ Voir *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Documentation française, 2006.

de façon absolue l'obligation de sécurité et la responsabilité objective. À moins qu'il soit impossible de le faire. Malgré l'opportunité d'une qualification juridique, l'avant-projet de réforme cherche avant tout à garantir une indemnisation suffisante du dommage de la victime contractuelle ou du tiers. Implicitement, les rédacteurs de cet avant-projet acceptent l'utilité d'une responsabilité contractuelle du fait des choses en cas d'absence d'une preuve favorable au fait générateur de responsabilité extra-contractuelle.

Pourquoi la dé-contractualisation totale de l'obligation de sécurité n'a-t-elle pas pu aboutir aujourd'hui ? La véritable réponse réside dans la légitimité de l'intervention de l'ordre public dans le contrat, et non dans la distinction de la nature de l'obligation de sécurité ou du devoir de sécurité. Car **l'obligation contractuelle de sécurité, en tant que devoir imposé, correspond en effet à l'exigence de l'ordre public à cette époque. Puisqu'on ne peut pas empêcher l'intervention de l'ordre public dans le contrat, la dé-contractualisation de l'obligation de sécurité est certainement vaine.**

Le débat sur l'obligation de sécurité reflète un conflit conceptuel entre la primauté de l'ordre public et celle de la liberté contractuelle. Le juge a vocation à équilibrer le rapport entre ces deux valeurs. Ce contrôle d'équilibre apparaît non seulement dans la clarté de la frontière entre l'obligation contractuelle et le devoir extra-contractuel, mais également au sein du contrat, car il existe toutefois des devoirs multiples imposés dans le contrat. Puisque l'obligation de sécurité constitue un devoir impérativement tenu par les parties sous l'exigence de l'ordre public, les contractants n'ont en principe pas le pouvoir d'aménager librement l'exécution de cette obligation. Autrement dit, « l'ordre public s'oppose, à première vue, à l'admission des clauses relatives à l'obligation de sécurité⁶⁰⁹ ». La jurisprudence a traditionnellement établi un principe de prohibition, en affirmant que la règle d'ordre public ne peut pas être paralysée par une convention⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ Voir *ibid.*, article 1342 de cet avant-projet.

⁶⁰⁹ D. MAZEAUD, Le régime de l'obligation de sécurité, *op. préc.*, p. 1207.

⁶¹⁰ Voir par ex. : Cass. civ. 2^e, 17 fév. 1955, *D.* 1956, 17, note P. ESMEIN ; *JCP* 1958.II.8951, obs. R. RODIERE.

Cependant, aujourd'hui, ce concept s'assouplit. L'article 1382 de l'avant-projet de réforme ci-dessus constate, sous l'influence d'une certaine doctrine⁶¹¹, que « les conventions ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extra-contractuelle ». Bien entendu, cela n'implique pas le triomphe du libéralisme en matière de clauses de responsabilité ou de réparation, car cet avant-projet de réforme est assorti également de certaines réserves importantes prévues par les règles suivantes au principe précédemment affirmé en vue de respecter « une légitime diversité »⁶¹². Selon l'article 1382-1, les contractants ne peuvent pas, par des clauses spéciales, limiter ou exclure la réparation d'un dommage corporel. Autrement dit, l'obligation de sécurité concernant le corps humain doit impérativement conserver une réparation réelle et suffisante. Cette règle correspond à l'exigence essentielle de notre civilisation : la sécurité physique des citoyens doit être assurée⁶¹³ et la dignité de la personne humaine doit être respectée⁶¹⁴. Mais les articles 1382-3 et 1382-4 de l'avant-projet de réforme constatent que si l'un contractant victime a accepté de manière non équivoque, une limitation ou une exclusion de la réparation du dommage qu'il subit à cause de la faute de son partenaire, avant la formation du contrat, son cocontractant peut lui opposer cette clause convenue, tant en matière contractuelle qu'extra-contractuelle. Cette liberté d'aménagement doit en revanche être soumise à deux autres exigences de règles d'ordre public : en premier lieu, la limitation ou l'exclusion de la réparation du dommage ne s'applique pas au préjudice causé par une faute dolosive ou lourde, ou par le manquement à l'une des obligations essentielles⁶¹⁵ ; en second lieu, la réparation du dommage contractuel causé au consommateur ou au contractant non professionnel par la faute d'un professionnel ne peut être limitée ou exclue qu'en cas d'existence d'une « contrepartie réelle, sérieuse et clairement stipulée »⁶¹⁶.

En fait, le constat du pouvoir d'aménagement des contractants ne concerne que l'obligation ou le devoir de sécurité patrimoniale. En l'occurrence, la distinction entre la matière contractuelle et celle extra-contractuelle ne présente qu'un intérêt formel en matière de preuve. La force obligatoire des règles d'ordre public est légalement

⁶¹¹ Voir par ex. : Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, éd. Dallos, 1998, n° 470 ; H. J. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *op. préc.*, n° 2567 et s.

⁶¹² D. MAZEAUD, *art. op. et loc. préc.*, p. 1209.

⁶¹³ G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, *op. et loc. préc.*, n° 194-1.

⁶¹⁴ D. MAZEAUD, *art. op. et loc. préc.*, p. 1209 ; voir aussi, du même auteur, *Les conventions portant sur la réparation*, *Colle. L'avant-projet de réforme du droit des contrats et de la responsabilité*, *RDC* janv.2007, n° 7, p.154 et 155.

⁶¹⁵ Voir l'article 1382-2, alinéa 1 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

tempérée par une considération des circonstances concrètes au moment de la conclusion du contrat dont la contrepartie contractuelle devient un élément de référence important représentant l'aménagement des obligations et des responsabilités entre les parties dans l'appréciation de l'équilibre entre l'exigence de l'ordre public et la nécessité de la liberté contractuelle. Il s'agit du fait contractuel que les juges analysent au moyen de la technique d'interprétation du contrat afin de qualifier une obligation essentielle, un dol ou une faute lourde.

Par ailleurs, il faut voir que le pouvoir d'aménagement des parties concerne non seulement l'intensité de la réparation du dommage causé par le manquement contractuel, mais également son étendue. D'abord, considérant la situation objective où soit un aléa existe, soit le rôle du créancier influence le résultat de l'exécution du contrat, les parties peuvent limiter le domaine de la responsabilité et de réparation et exclure les cas dépassant la prévision légitime au moment de la conclusion du contrat. En deuxième lieu, la négociation libre entre les parties permet à l'une d'elles d'obtenir une meilleure contrepartie au prix de la restriction du montant de la réparation matérielle en cas de préjudice. En troisième lieu, l'aménagement relatif au délai de réparation ou à la modalité de réparation ne constitue pas, en principe, une limitation ou une exclusion de la réparation du dommage contractuel, et les parties peuvent librement les stipuler dans la convention.

Bref, **la légitimité de l'existence d'une obligation contractuelle de sécurité réside en effet dans l'équilibre entre la sauvegarde des valeurs protégées par les règles d'ordre public et le respect de la liberté contractuelle des parties.** En réalité, ces deux éléments à équilibrer ne sont pas à l'opposé l'un de l'autre. La liberté contractuelle est en soi une des valeurs protégées par l'ordre public. Or, le contrat n'est pas un lieu où les contractants peuvent agir à leur gré. Outre les stipulations convenues, il existe des normes imposées par l'ordre public dans le contrat dont l'obligation de sécurité est exigée dans certains cas. La clé du problème se trouve dans le contrôle de l'abus de la liberté contractuelle. Précisément, l'exercice de la liberté contractuelle ne peut pas toucher aux limites fixées par l'ordre public dans l'intérêt général. L'ordre public est tenu non seulement de protéger les valeurs

⁶¹⁶ *Ibid.*, art. 1382-2, alinéa 2.

communes sociales, mais encore de sauvegarder l'utilité du contrat en tant qu'instrument des échanges économiques. La violation de la nature de l'opération contractuelle et l'ignorance des attentes légitimes d'une des parties attaquent en effet l'utilité sociale du contrat. Donc, l'ordre public les interdit au moyen du supplément des obligations imposées dans le contrat. Pourtant, pour convenir à la diversité des contrats, l'intervention de l'ordre public dans le contrat doit se limiter à une nécessité réelle. En ce qui concerne les clauses de réparation du préjudice causé par l'inexécution contractuelle, la sanction de nullité, pure et simple, ne convient plus à la réalité économique et au concept contractuel contemporain. L'évolution contemporaine du droit de la responsabilité civile a montré une tendance de déclinaison de la nullité en vue de sauvegarder l'efficacité du contrat. En pratique, les juges doivent apporter au fait contractuel une appréciation minutieuse et respecter au maximum la liberté contractuelle des parties. M. Th. Génicon, s'inspirant d'un adage « *Utile per inutile non vitiatur* » (l'utile n'est pas vicié par l'inutile), relève que « la nullité doit être restreinte à ce qui est strictement nécessaire à la suppression de l'illicite⁶¹⁷ ». C'est la raison pour laquelle la majorité des doctrines et l'avant-projet de réforme du droit de responsabilité civile tendent à établir, sous certaines réserves, un principe de validité de la stipulation contractuelle limitative ou exclusive de la réparation du dommage, contractuel ou extracontractuel, causé par l'inexécution contractuelle.

Acceptant la légitimité de l'obligation contractuelle de sécurité, on va juste lui chercher un fondement légal dans le texte du droit commun, c'est-à-dire le Code civil français.

§ 2. Fondement juridique de l'obligation de sécurité.

Si tout le monde s'accorde sur le fait que la construction de l'obligation de sécurité de résultat a amélioré la protection des victimes⁶¹⁸, le fondement de la mise en œuvre de cette obligation contractuelle est pourtant contestable sur le plan de la doctrine. Au début, la haute juridiction française, sous l'influence de la doctrine de

⁶¹⁷ Th. GENICON, obs., *RDC* 2010, p. 1203.

⁶¹⁸ G. VINEY, Rapport de synthèse, *Gaz. Pal.* 1997, 2, *Doctr.*, p. 1213-1214.

l'autonomie de la volonté, s'est habituée à rattacher l'obligation de sécurité à la commune intention des parties. Ce rattachement est une interprétation créatrice destinée à combler la lacune du contenu du contrat, puisque les parties n'avaient exprimé aucune volonté en ce sens. Pourtant, depuis la naissance de l'obligation de sécurité, cette interprétation créatrice de volonté n'était pas convaincante. On doutait du fait que les parties s'accordaient sur l'aspect de sécurité au moment de la signature du contrat, ou que le voyageur assumait volontiers l'obligation de sécurité absolue. En revanche, la fixation d'une obligation de sécurité a probablement violé la volonté véritable d'une des parties contractantes⁶¹⁹. L'interprétation jurisprudentielle du contrat imposant aux parties contractantes une volonté inexprimée semble « divinatoire », ce qui est critiqué comme un artifice ou une fiction⁶²⁰. La juridiction française a donc essayé de légitimer autrement l'opération de combler les lacunes du contrat.

Dans un arrêt de 1989, la Cour de cassation a, pour la première fois, invoqué l'article 1135 du Code civil⁶²¹ pour affirmer l'autonomie de l'obligation de sécurité du vendeur professionnel par rapport à la garantie des vices cachés⁶²². Comme l'a noté M. Ph. Malaurie dans cet arrêt, « la Cour de cassation fonde sa solution sur l'article 1135 du Code civil, qui est le fondement habituel de l'obligation contractuelle implicite de sécurité. La règle intéresse donc tous les contrats qui mettent une chose dangereuse à la disposition d'un contractant : vente, bail, prêt, etc. ». Dès lors, compte tenu du visa de cet article du Code civil, la juridiction continue de faire peser sur le vendeur professionnel une obligation de sécurité de résultat qui consiste « à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens⁶²³ ». Grâce à l'interprétation créative du juge cherchant l'intérêt des victimes, l'obligation de sécurité devient désormais une « suite » du contrat au nom de l'équité

⁶¹⁹ Voir L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français : Théorie générale des obligations*, t. II, 3^e éd. Sirey, 1939, n° 491. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil : Les obligations*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 774 ; L. LEVENEUR, Le forçage du contrat, *Droit & Patrimoine* 1998, p. 69 et s.

⁶²⁰ L. JOSSERAND, *ibid. op. loc.* ; P. JOURDAIN, Le fondement de l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, 2, Doctr., p. 1197.

⁶²¹ Art. 1135 C. civ., stipulant que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

⁶²² Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1989, *D.* 1989.381, note Ph. MALAURIE ; *Rev. trim. dr. civ.* 1989.756, obs. P. JOURDAIN.

⁶²³ Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1991, *Bull.* I, n° 201, p. 132 ; *Contrats, Conc. Consomm.*, 1991, comm. n° 219, obs. L. LEVENEUR ; *Rev. trim. dr. civ.* 1992.114, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 1992, I, 3572, p. 158-159, obs. VINEY.- Voir aussi, Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998, *Bull. civ.*, I, n° 95, p. 63 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1998.683, n° 3, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 1998, I, 144, n° 18, obs. VINEY.

prévue par l'article 1135⁶²⁴. Pourtant, le contenu et les contours de la notion de suite de contrat sont encore indéfinis non seulement dans le droit positif, mais aussi dans la doctrine⁶²⁵. Selon un auteur, « la suite contractuelle est une obligation de circonstance qui interdit toute conceptualisation⁶²⁶ ». D'après la glose de M. Ph. Jacques sur l'article 1135, la suite du contrat présente deux significations : d'une part, elle désigne « l'aboutissement et ... le résultat de l'action de prolonger, de développer⁶²⁷ » ; d'autre part, elle est originalement « ce qui vient après, derrière, en considération d'un mouvement donné⁶²⁸ ». L'obligation contractuelle de sécurité vient alors de l'action d'interprétation sur l'équité visée par l'article 1135. Précisément, l'interprétation judiciaire du terme légal donne à l'obligation contractuelle un accessoire impératif de sécurité. Cette interprétation judiciaire repose cependant non seulement sur la perception du juge⁶²⁹, mais encore sur la nature particulière de chaque contrat⁶³⁰. Si les contrats litigieux montrent diverses natures, on ne peut pas penser que la perception des juges demeure uniforme. Pour une bonne application de l'article 1135 du Code civil, il est donc important de connaître non seulement la nature du contrat (A), mais encore la nature de l'interprétation par le juge (B).

A. L'application de l'article 1135 et la nature du contrat

L'article 1135 du Code civil, en tant que fondement nouveau de l'obligation de sécurité, affirme l'effet juridique des « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Le contrat se compose donc non seulement de diverses obligations convenues, mais encore de suites jointes à ces obligations. Pour

⁶²⁴ D. MAZEAUD, *Le régime de l'obligation de sécurité*, *préc.*, p. 1201 ; voir aussi, P. JOURDAIN, *op. préc.*, p.1197.

⁶²⁵ D. MAZEAUD, *art. op.préc.*, p. 1201.

⁶²⁶ C. MOULY-GUILLEMAND, *Retour sur l'article 1135 du Code civil*, th., éd. LGDJ, 2006, n° 94, p. 95.

⁶²⁷ Ph. JACQUES, *thèse, op. préc.*, n° 27, p. 48.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ Voir, par ex., P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, th., dactyl., Université Paris II, 1997, n° 149 et n° 162 ; Voir aussi, D. MAZEAUD, *art. op. préc.*, p. 1201, « En clair, l'obligation de sécurité est une obligation judiciaire sentimentale..., d'un sentiment de compassion à l'égard des victimes de dommages subis à l'occasion de l'exécution défectueuse d'un contrat ».

⁶³⁰ Même si l'expression formelle de l'article 1135 C. civ. désigne grammaticalement la nature de l'obligation, nous pouvons raisonnablement la comprendre comme une « ellipse traditionnelle et commode » (J. GHESTIN, *Formation du contrat*, éd. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, n° 510) qui cherche à « éviter une redite » redondante de la signification de la convention. Voir notamment, Ph. JACQUES, *thèse, op. préc.*, n°34.

distinguer exactement l'obligation convenue de sa suite, il est nécessaire d'analyser minutieusement la classification des obligations contractuelles (1), de savoir l'influence de la nature du contrat sur la qualification du contrat (2) et sur la détermination des suites du contrat (3).

1. Trièdre classique dans la classification des obligations contractuelles

Domat avait pris l'initiative de distinguer « trois sortes d'engagements dans les conventions⁶³¹ ». La contribution de Pothier, quant à elle, repose sur la distinction méthodique de ces « trois choses qu'il faut distinguer dans chaque contrat⁶³² » : « celles qui sont essence du contrat, celles qui sont seulement de la nature du contrat, et celles qui sont purement accidentelles au contrat⁶³³ ». Pothier a expliqué que « les choses sont de l'essence du contrat [...] sans lesquelles [le] contrat [recherché] ne peut subsister⁶³⁴ » ; et celles « qui sont seulement de la nature du contrat [...] qui, sans être de l'essence du contrat, font partie de ce contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues⁶³⁵ » ; enfin, celles qui sont accidentelles au contrat « qui, n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont enfermées que par quelques clauses particulières ajoutées au contrat⁶³⁶ ». Cette distinction classique semble pouvoir expliquer les suites déterminées au regard de la nature du contrat selon l'article 1135 du Code civil. Comme l'a défini M. G. Cornu, les choses relevant de la nature du contrat se disent « aujourd'hui encore des obligations accessoires, sous-entendues qui font tacitement partie d'un contrat, sans que les parties aient à en convenir expressément (à la différence des éléments accidentels), mais que les parties pourraient exclure par une clause spéciale (à la différence des éléments essentiels)⁶³⁷ ».

⁶³¹ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public. Legum delectus*, nouvelle éd. revue et corrigée, Michel David, 1713, P. 1, l. 1, t. 1, sec. 3, n° 1, p. 24.

⁶³² R.-J. POTHIER, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, t. I, nlle éd., 1774, n° 5-n°8.

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ *Ibid.*, n° 6.

⁶³⁵ *Ibid.*, n° 7.

⁶³⁶ *Ibid.*, n° 8.

⁶³⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Asso. Henri Capitant, éd. Puf, Quadrige, 2007, sur le terme de « Naturel », sens 5, p. 608 ; voir aussi l'expression originale de Pothier, *Traité des obligations...*, *op. préc.*, n° 6.

Pourtant, au sens le plus général du terme, la « nature » est considérée comme « ce qui est de son essence, de sa substance » et « irréductible à toute catégorie juridique⁶³⁸ ». Cette définition n'est pas cohérente avec la distinction des trois sortes d'engagement des conventions citées ci-dessus. Puisque la nature du contrat représente l'essence et la substance de la convention, les suites naturelles de l'obligation essentielle du contrat ne peuvent pas s'écarter du caractère essentiel de certains types des contrats. En réalité, les juristes français, y compris Domat lui-même, ont souvent confondu la différence entre *essentialia* et *naturalia* dans leurs observations théoriques⁶³⁹. D'ailleurs, l'un des rédacteurs du Code Napoléon de 1804 observait que « les obligations résultant naturellement du contrat [...] tiennent à son essence, et qui ont leur effet quoiqu'elles ne soient point exprimées⁶⁴⁰ ». Cette situation évoque bien qu'il serait vain de distinguer *essentialia* de *naturalia*. Au point qu'un auteur affirme qu'« il n'est plus de doute possible : si telles sont les *essentialia*, elles englobent les *naturalia*⁶⁴¹ ».

Bien que cette conclusion soit importante, elle ne peut pas cependant directement expliquer les « trois choses qu'il faut distinguer dans chaque contrat », comme le disait Domat. Ne sommes-nous pas en train de discuter d'une question hors sujet ? En effet, la différence entre l'obligation essentielle et ses suites naturellement nées dans un contrat existe toujours là où elle ne peut ni disparaître du fait d'une harmonie entre *essentialia* et *naturalia*, ni être intangible en raison d'une incohérence entre les deux notions. Si, selon M. Rouhette, l'obligation de la garantie des vices cachés n'est pas de l'essence de la vente entre professionnels, car son exclusion ne porterait pas « atteinte au type même de contrat que l'on se proposait de réaliser⁶⁴² », la vente entre un vendeur professionnel et un consommateur impose au contraire, voire, impérativement, une obligation de garantie qui, elle, ne peut pas être exclue par une clause contractuelle. Parce que « la garantie des vices cachés avait été

⁶³⁸ Voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. et loc. préc.*, sur le terme « Nature » ; voir aussi Dictionnaire Larousse, sur le mot « Nature ».

⁶³⁹ Voir, Ph. JACQUES, *th., op. précit.*, n° 207, p. 418-419, en exposant que « Cujas ne distingue que les choses essentielles au contrat et celles qui n'y sont qu'accidentelles, Cujas ne nie pas pour autant l'existence des choses naturelles au contrat ; simplement, il les intègre parmi celles qui sont de son essence » (*Opera postuma*, t. I, livre V, *Queastionum Aemilii Papiniani*, Fabrot, 1658, col. 256-257 *in fine*) ; Par ailleurs, Domat a dit que « toutes les suites sont comme des pactes tacites sous-entendus, qui en font partie, car les contractants consentent à tout ce qui est essentiel à leur engagement » (*Les lois civiles dans. préc.*, P. 1, l.1, t. 1, sect. 3, n° 1, p. 24).

⁶⁴⁰ La déclaration de Tronchet dans les travaux préparatoires du Code civil de 1804 (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, t. XIII, éd. Videcoq, 1827, p. 54).

⁶⁴¹ Ph. JACQUES, *thèse, op. préc.*, n° 207, p. 420

⁶⁴² G. HOUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., Paris, 1965, p. 118.

initialement conçue par les rédacteurs du Code civil pour réparer, non les dommages causés par la chose aux biens ou à la personne de l'acquéreur, mais le préjudice économique résultant de ce que la chose acquise était inapte à l'usage auquel on la destinait⁶⁴³ ». Dans ce cas, l'obligation de garantie des vices cachés est-elle, ou non, de l'essence du contrat ? Revenons à la question étudiée : l'obligation de sécurité détachée de la garantie des vices cachés par la jurisprudence ne peut pas, non plus, être librement exclue par les parties contractantes. En réalité, sur ce point de l'essence du contrat, la situation est très délicate. Elle implique au moins que le caractère essentiel d'une obligation contractuelle ne soit pas déterminé par un critère unique. Ni l'accord explicite ou implicite des parties, ni les catégories juridiques connues dans le droit commun (par exemple, la vente, la location, le prêt, etc.) ne sont suffisants pour déterminer l'obligation essentielle du contrat. En droit des contrats contemporains, la diversité des règles d'ordre public entraîne la diversité des critères d'appréciation de l'essence du contrat.

2. La qualification du contrat et la nature du contrat

D'après la nature du contrat, les suites des obligations contractuelles sont le résultat de la mise en œuvre de qualification du contrat, via une interprétation reposant sur le fait contractuel. Il s'agit donc de la relation entre la nature du contrat et la qualification du contrat.

Apparemment, la nature et la qualification d'une chose sont deux notions distinctes. La première désigne les caractéristiques brutes de la chose qui ne dépendent pas de l'intention humaine. La qualification juridique désigne l'« opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement⁶⁴⁴ ». Selon cette définition, la qualification est proprement une opération de rattachement entre l'objet

⁶⁴³ H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd. Dalloz, 2008, § 264-265, II.- Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, n° 12, p. 697.

⁶⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. préc.*, sur le terme de « Qualification », I, p. 747.

opéré (un cas concret) et le critère référentiel (certaine catégorie juridique préexistante). Ce rattachement repose principalement sur un raisonnement inductif, car le juge doit sélectionner les éléments essentiels du cas concret et les assimiler aux critères abstraits d'une catégorie juridique typique existante. Pour le contrat, la catégorie juridique préétablie est un type de contrat nommé dans le texte du droit positif. Selon M. J.-F. Overstake, « rechercher la nature d'un contrat, c'est chercher à identifier ce contrat pour le faire rentrer dans une catégorie préétablie dont les règles s'appliqueront au rapport contractuel envisagé⁶⁴⁵ ». De même, pour la recherche de la nature juridique d'une notion particulière, MM. G. Marty et P. Raynaud ont indiqué que « c'est du même coup la rattacher, l'intégrer par un travail de qualification au sein d'une catégorie plus générale dont elle prendra ainsi le régime juridique »⁶⁴⁶. Nous observons donc une harmonisation entre la qualification du contrat et la recherche de la nature du contrat.

Pourtant, l'appréciation de la nature du contrat n'est pas une opération de simple qualification juridique, car aujourd'hui les catégories juridiques préétablies ne se limitent plus au droit commun civil. Les catégories contractuelles classiques sont construites au regard de divers modes d'échange. Par exemple, le transfert de la propriété de la chose à titre onéreux traduit une relation de vente ; sinon, l'usage de la chose transférée n'implique qu'une location. Mais à l'époque contemporaine, en vue de renforcer la protection de certains groupes sociaux de personne, l'identité du participant, consommateur par exemple, devient aussi un critère pour établir une catégorie contractuelle. Alors, l'appréciation de la nature du contrat envisage une situation plus compliquée, notamment lorsqu'on veut préciser une obligation essentielle du débiteur.

Puisque la nature du contrat est considérée comme un ensemble de certaines caractéristiques juridiques abstraites, elle provient d'un raisonnement inductif ou d'une découverte intellectuelle, mais non d'une déclaration de volonté. Autrement dit, on ne peut pas directement déterminer la nature du contrat par l'interprétation de la volonté des parties, peu importe que cette volonté soit explicite ou implicite. De plus, l'opération de qualification du contrat regarde précisément les caractéristiques essentielles de la catégorie juridique préétablie. Cela implique que la nature du

⁶⁴⁵ J.-F. OVERSTAKE, *Essai de la classification des contrats spéciaux*, thèse Bordeaux, éd. LGDJ., 1969, p. 15.

contrat, en tant que résultat de la qualification juridique, n'est définie que par les éléments essentiels de la catégorie juridique préexistante.

La notion de catégorie juridique devrait être plus étendue que la notion de nature du contrat. Cette dernière n'est qu'une partie de la première. La catégorie juridique comporte encore, autour des éléments essentiels, des éléments accessoires qui servent à la démarche des éléments essentiels de la catégorie juridique. Par exemple, en matière de vente, les éléments accessoires concernent souvent l'instrument de paiement, la modalité et le délai de la délivrance de la chose, etc.

Envisageant la complexité de l'appréciation de la nature du contrat, nous devons mettre en évidence la nature des suites au sens de l'article 1135 du Code civil.

3. L'article 1135 du Code civil et la détermination des suites du contrat

La doctrine de Domat repose en effet sur la pensée de son époque dont l'autonomie de la volonté constituait un dogme. Pour lui, « toutes les suites sont comme des pactes tacites sous-entendus qui en font partie, car les contractants consentent à tout ce qui est essentiel à leur engagement⁶⁴⁷ ». Autrement dit, les suites du contrat proviennent en fait de la commune intention tacite des parties. Par conséquent, selon Domat et Pothier, un énoncé clair des parties peut annuler une suite tacite du contrat. En l'occurrence, les suites du contrat sont déterminées non par l'ordre public, mais par les parties. Le travail du juge ne sert qu'à découvrir, dans le contrat, la volonté non-exprimée des parties qui fixe une suite à l'obligation essentielle. En doctrine, l'article 1135 était considéré soit comme une répétition inutile de l'article 1134 du Code civil⁶⁴⁸, soit comme une règle d'interprétation servant à déceler la commune intention des parties⁶⁴⁹.

Ce point de vue ne correspond malheureusement pas à la signification de l'article 1135 du Code civil, car cet article ne donne pas aux parties contractantes une

⁶⁴⁶ G. MARTY et P. RAYNAUD, *les Obligations*, Droit civil, éd. Sirey, 1962, n° 60, p. 103.

⁶⁴⁷ *Les lois civiles dans..., préc.*, P.1, l.1, t. 1, sect. 3, n° 1, p. 24

⁶⁴⁸ Voir par ex. : E. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. II, 2^e éd. Germer-Baillièrre, 1874, chapitre 3, sec. 1.

faculté supérieure à l'ordre public dont la loi, l'usage et l'équité. Selon la lettre de cet article, ce sont l'équité, l'usage et la loi qui donnent les suites à l'obligation contractuelle exprimée. Les parties ne sont pas inscrites dans la phrase. En pratique judiciaire, révélant les suites d'une obligation exprimée, le juge est, sans aucun doute, celui qui peut mettre en œuvre l'article 1135⁶⁵⁰. En l'occurrence, il n'y a aucune possibilité que les suites du contrat fixées par le juge soient exclues par la convention spéciale des parties⁶⁵¹.

Malgré les contestations exprimées par certains⁶⁵² des rédacteurs, le Code civil de 1804 acceptait finalement, sous l'influence des concepts du droit naturel moderne, que l'équité et l'usage deviennent, aux côtés de la loi, les normes régularisant l'obligation contractuelle. Or, l'équité et l'usage ne reposent pas sur l'accord particulier des parties contractantes. L'équité représente une valeur universelle ; et l'usage désigne plutôt une habitude de la transaction économique formée entre certains participants. En ce qui concerne la nature du contrat, elle repose sur une classification juridique au regard des divers types de contrats⁶⁵³ préétablis par le législateur. **Il est évident que lorsque le juge exploite l'équité et la nature du contrat pour préciser une suite du contrat, il n'a pas besoin de référer une commune intention tacite des parties, qui n'a surement pas existé. Ce que le juge peut faire est justement, par son pouvoir souverain, de déterminer les suites du contrat.**

⁶⁴⁹ Voir par ex. : M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire du droit civil*, 4^e éd. LGDJ, 1952, n° 449 et s. ; H. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Obligations*, Droit civil, t. II, 9 éd. Montchrestien, 1998, n°342, n° 345 et s.

⁶⁵⁰ Voir, P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, t. II, éd. Videcoq, 1827, p. 3-8, en introduisant l'article 11 du titre V du Livre préliminaire du projet de l'an VIII : « dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive ».

⁶⁵¹ En réalité, l'existence d'une suite du contrat n'est toujours pas consacrée par le juge qu'après la formation du contrat. Parfois, le juge affirme une suite seulement en cas de l'émergence d'un litige. En réalité, les parties ne peuvent pas souvent prévoir l'existence d'une suite du contrat. Même si les parties l'ont bien prévue et exclue dans leur convention, la validité de cette exclusion est contestable.

⁶⁵² *Ibid.*, FENET, *op. préc.*, t. XIII, p. 54-55, en introduisant la séance du 11 brumaire an XII, dont Lacuée a indiqué que « cet article (art.1135) peut entraîner de graves inconvénients. Il étend les engagements bien au-delà des bornes que le débiteur a consenti à leur donner. Il soumet même ce débiteur à des obligations qu'il n'a pu prévoir, car personne ne connaît tous les usages ».

⁶⁵³ Voir, J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, thèse Université de Paris I, éd. LGDJ, 1999. Selon M^{me} Rochfeld, le type du contrat est un « cadre connu, modèle externe et objectif de contrat » (*op. cit.*, n°60). Il vient d'une « catégorisation des diverses espèces de contrat autour de leurs caractéristiques spécifiques et essentielles » (*op. cit.*, n° 43).

B. L'application de l'article 1135 et la nature de l'interprétation par le juge

Dans le cas où l'article 1135 du Code civil devient le fondement juridique de l'obligation de sécurité, l'interprétation par le juge est-elle encore une interprétation du contrat ? On en revient à la notion de l'interprétation du contrat qui doit se caractériser par rapport aux autres procédés judiciaires. Comme l'a dit M. Ch. Demolombe, « interpréter, (...)»⁶⁵⁴ n'est pas changer, modifier, innover ; c'est reconnaître ». Lorsque l'interprétation invente des intentions que les parties n'ont pas, « elle ne serait plus l'interprétation. »⁶⁵⁵ Laurent a affirmé également qu'« il est de l'essence de l'interprétation qu'elle se borne à fixer le sens (...) en rendant clair ce qui était obscur ; de sorte que l'interprétation n'est pas une disposition nouvelle, elle n'ajoute rien (...)»⁶⁵⁶ ». Ce point de vue est successivement partagé par des juristes contemporains. M. Ph. Jacques a ainsi indiqué qu'« avec l'article 1135, le juge n'est pas appelé à élucider le sens d'un accord de volontés, à se mettre en rapport avec ces volontés, (...) le mélange de l'interprétation et de l'action prévue par l'article 1135 serait en outre inopportun⁶⁵⁷ ». Pour M. C. Grimaldi, « l'interprétation n'a lieu d'être que dans la première hypothèse [où les parties sont envisagées dans l'*instrumentum*]. Dans la seconde [hypothèse où les parties ne sont pas envisagées], il n'est pas question d'interpréter le contrat mais de le compléter, au moyen notamment des article 1135 et 1160 du Code civil⁶⁵⁸ ». Ces points de vue ont une base commune, à laquelle l'interprétation du contrat ne sert qu'à élucider la commune intention des parties. Il est évident que ces observations s'inscrivent parfaitement dans la tradition doctrinale classique du droit français. Par ailleurs, l'orientation de l'article 1156 du Code civil, en disant qu'« on doit rechercher dans les conventions quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes », est bien connue. Cet article est interprété par les volontaristes comme le « but » commun aux règles d'interprétation du contrat dans le Code civil⁶⁵⁹.

⁶⁵⁴ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, I*, 4^e éd., 1869, n° 115.

⁶⁵⁵ *Eod. loc.*

⁶⁵⁶ Fr. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XX, 3^e éd. Bruylant Marescq, 1878, n° 148.

⁶⁵⁷ Ph. JACQUES, *thèse, op. préc.*, n° 143, p. 267.

⁶⁵⁸ C. GRIMALDI, *op. préc.*, n° 9, p. 213.

⁶⁵⁹ Voir, par ex. : Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, XXV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, 2^e éd. A. Durand et L. Hachette, 1871, n° 3. Cet auteur explique que « c'est nécessairement d'après cette commune volonté, qu'il faut en apprécier les conséquences. Aussi est-ce là le "but" même de l'interprétation, plutôt que l'un de ses moyens » ; voir aussi C. GRIMALDI, *art. préc.*, n° 2, p. 208. L'auteur pense que « l'article 1156 du Code civil n'énonce pas une règle d'interprétation mais livre le « but » commun en matière contractuelle... ».

En réalité, jusqu'à aujourd'hui, il n'y a pas une définition officielle et exclusive de l'interprétation du contrat. Au début du XX^e siècle, M. E. Gounot a exprimé, dans sa célèbre thèse, une observation importante : « Quand la volonté est inexistante ou douteuse, le juge recherche le juste objectif⁶⁶⁰ ». Cette observation a réussi à envisager la séparation de l'interprétation objective de l'interprétation subjective, ce qui entraîne la dualité du but de l'interprétation du contrat. Le phénomène du dualisme de la démarche de l'interprétation du contrat tempère le dogme d'interprétation volontariste établi par l'article 1156. En effet, cet article n'a jamais interdit un renforcement du contenu du contrat par le juge, même s'il a souligné la nécessité de la recherche de la commune intention des parties. Sur une position de dualisme du but de l'interprétation du contrat, l'article 1156 du Code civil n'est qu'une règle d'interprétation qui ne peut pas exclure l'intervention du juge dans le contrat au moyen d'invoquer les autres règles d'ordre public. À l'inverse de ce que M. Josserand a exposé, cela n'implique pas que « les contractants ne sont plus maîtres chez eux (les parties) »⁶⁶¹, ni qu'un « dirigisme contractuel »⁶⁶² apparaît. En réalité, selon M. le Doyen G. Marty, sous l'influence de la tradition du « respect affiché et extrême de la volonté des contractants »⁶⁶³, l'essai jurisprudentiel du juge dans l'interprétation du contrat traduit « plus de timidités que de hardiesse »⁶⁶⁴. Cette affirmation a au moins reflété la situation jurisprudentielle du milieu du siècle dernier. Aujourd'hui, le développement grossier des obligations complétives entraîne de plus en plus de craintes et de critiques, au premier rang desquelles figurait l'obligation de sécurité. Ce phénomène montre l'incohérence structurelle du régime d'interprétation du contrat et le conflit intrinsèque de l'interprétation dualiste.

M. L. Leveneur analyse une ventilation de l'interprétation du contrat et préconise le respect de clauses claires et précises d'un contrat sans ajouter aucun contenu imposé ; ensuite, dans le cas où les clauses contractuelles seraient obscures, ambiguës ou contradictoires sur la question litigieuse, une interprétation subjective pourrait être appliquée pour découvrir la véritable intention des parties ; enfin, « en cas de silence du contrat, l'interprétation serait objective, pouvant aboutir, sur le

⁶⁶⁰ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912, p. 212.

⁶⁶¹ L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, *DH* 1933, *chro.* p. 91.

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ G. MARTY, *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Travaux de l'Association H. Capitant, 1949, p.84.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 91.

fondement de l'équité, à un développement de son contenu obligatoire⁶⁶⁵ ». Cependant, M. Leveneur conteste la légitimité de cette ventilation « séduisante », car si le contrat comporte une clause claire qui exclut la solution probablement imposée par le juge au nom de l'équité, l'interprétation objective n'a pas lieu d'apparaître dans le litige⁶⁶⁶. En réalité, cette exclusion est souvent annulée en raison des contradictions aux diverses règles impératives (exemple de la clause abusive ou de l'absence de cause, etc.). Cet ordre d'application de l'interprétation est plutôt idéal et artificiel. Quand le juge a envie de renforcer certain contenu du contrat, les clauses contractuelles existantes deviennent difficilement un obstacle réel, parce que le pouvoir du juge vient de l'ordre public qui est en effet supérieur à l'accord des parties⁶⁶⁷.

L'ordre public représente l'exigence de la volonté publique. **Lorsque la volonté publique intervient, par voie de l'interprétation judiciaire, dans le rapport du contrat, la volonté des contractants est plutôt appréciée qu'élucidée par la volonté publique.** Saleilles a indiqué que dans l'interprétation de l'acte juridique, il ne saurait être question « d'une recherche intégrale de la volonté psychologique ; il s'agit d'établir la volonté juridique, ... elle [l'interprétation de l'acte juridique] n'est pas une traduction forcée de sa psychologie interne ; elle est une charte destinée à la réglementation des intérêts en cause. Elle doit donc s'appliquer de la façon dont ces intérêts l'exigent, en tenant compte des usages, des nécessités de crédit et des lois de l'équité⁶⁶⁸ ». M. Rouhette développe ce point de vue et pense que « l'interprétation juridique est interprétation d'un contenu normatif, non d'un processus psychique. ... le prétendu processus psychique est en réalité le produit d'une évaluation normative du juge. ... l'on soutient que le contrat se forme par le concours de deux volontés subjectives, et ... que l'accord lui-même est ce dont le droit tient compte, c'est-à-dire autre chose qu'un concours de deux volontés subjectives⁶⁶⁹ ». Évidemment, cette observation manifeste une tendance à harmoniser les deux buts différents causés par le dualisme de l'interprétation du contrat soutenue par les auteurs positivistes du

⁶⁶⁵ L. LEVENEUR, *Le forçage du contrat*, *Droit & Patrimoine*, n°58, mars 1998, p. 75.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ Voir, par ex. : A. BENABEN, *op. cit.*, n° 286 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 3^e éd. Defrénois, 2007, n° 650 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, sous dir. Ghestin, 2^e éd. LGDJ, 2001, n° 190-2, p. 363 ; L. LEVENEUR, *op. préc.*, p. 75.

⁶⁶⁸ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, *Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Nouveau tirage, LGDJ, Paris, 1929, n° 43 et s.

droit, à laquelle se rattache la remarquable doctrine kelsenienne⁶⁷⁰. Selon M. P. Ancel, la théorie normativiste « a permis à certains auteurs de contester l'approche subjective du contrat conçu comme le pur produit des volontés des parties...⁶⁷¹ ».

Alors, si l'interprétation du contrat peut être considérée comme interprétation d'un contenu normatif distinct de la volonté des parties, quelles sont les différences entre l'interprétation du contrat et celle de la loi ? Comme le relèvent MM. J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, la loi est, en tant que règle générale et abstraite, « l'expression de la volonté générale, alors que le contrat n'est que la traduction de plusieurs volontés particulières⁶⁷² ». Pourtant, cette distinction redéfinit le contrat comme un pur produit des volontés des parties, qui est un paradoxe avec ce que le premier auteur a remarquablement préconisé⁶⁷³. De plus, les clauses contractuelles comportent aussi des normes abstraites ou générales qui sont seulement une simple redite d'un article de la loi. MM. Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette indiquent ainsi, que « l'unité d'interprétation de la loi est l'une des missions fondamentales de la haute juridiction, l'interprétation des actes juridiques relève du domaine du fait et est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond sous la seule réserve de la dénaturation⁶⁷⁴ ». Cette explication plus pratique manifeste un principe de distinction : l'interprétation du contrat relève d'une question de fait ; et celle de la loi relève d'une question de droit. Ce principe de distinction a été expliqué par M. Marty dans sa célèbre thèse⁶⁷⁵.

Il semble que chez certains auteurs, la question à discuter est plutôt de savoir si la Cour de cassation peut contrôler l'application de l'article 1135 du Code civil. Un arrêt a clairement affirmé le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, dans lequel la haute juridiction a annoncé qu'une cour d'appel a « à bon droit » jugé qu'un architecte « n'est pas seulement tenu de l'obligation essentielle d'éviter toute erreur

⁶⁶⁹ G. ROUHETTE, *th., préc.*, n° 181.

⁶⁷⁰ Voir, par ex. : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, éd. Dalloz, 1962, p. 170-194 ; *La théorie juridique de la convention*, Arch. Phil. Droit, 1940, p. 33 et s. L'auteur définit le contrat comme une procédure créant une norme. Cette norme est située à l'étage inférieur de la pyramide et elle tient sa valeur de la norme supérieure qui autorise les contractants à la créer.

⁶⁷¹ P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* (4), oct.-déc. 1999, n° 8, p. 776.

⁶⁷² J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. préc.*, n° 8, p. 15.

⁶⁷³ Voir J. GHESTIN, *La formation du contrat*, préc. spéc., n° 172 et s., dans ce traité, l'auteur présente le contrat comme un acte créateur de véritables règles juridiques – droit et pas seulement de droits.

⁶⁷⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. préc.*, n° 446, p. 451 ; voir aussi J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *préc.*, n° 8, p. 15.

⁶⁷⁵ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse, Toulouse, Sirey, 1929.

de plan et tout vice de conception [...], mais reste encore soumis aux obligations accessoires qui lui sont imposées par la loi, l'usage ou l'équité⁶⁷⁶ ». En réalité, cet arrêt n'est pas isolé. Grâce à la recherche de M. Ph. Jacques⁶⁷⁷, on peut croire que la Cour de cassation doit intervenir et est déjà intervenue dans l'application et l'interprétation de l'article 1135 du Code civil, puisque celles-ci relèvent naturellement d'une question de droit.

Pourtant, quant aux suites du contrat, notamment l'obligation de sécurité, que fait le juge de l'application de l'article 1135 du Code civil ? La réponse n'est pas évidente, car « sans aucune démonstration proprement dite⁶⁷⁸ », les juges n'ont souvent rendu qu'« une affirmation trop sommaire pour emporter la conviction⁶⁷⁹ » dans leurs décisions⁶⁸⁰. Du fait de ses fonctions propres, la Cour de cassation n'est chargée que d'interpréter la loi et de contrôler son application correcte, et non d'interpréter le fait du contrat, sous réserve de dénaturation. Aussi est-il très rare de trouver une interprétation précise relative à la suite d'une obligation contractuelle dans les arrêts rendus par la haute juridiction. La plupart de la doctrine se concentre sur une question de forme concernant le pouvoir de saisir la Cour de cassation. Il semble que l'on ait oublié une question substantielle à discuter : les juges effectuent-ils nécessairement une interprétation à la suite du contrat lorsqu'ils invoquent l'article 1135 du Code civil.

La suite du contrat participe-t-elle essentiellement d'une question de fait ou de droit ? La suite du contrat peut être traduite comme une suite obligationnelle à laquelle le débiteur est réellement tenu dans le rapport contractuel. Elle repose généralement sur une catégorie juridique préétablie par le législateur où la nature du contrat apparaît. Cependant, la nature du contrat ne se limite pas à une catégorie préétablie, car les contrats innommés ont l'effet juridique équivalent de ceux nommés. La suite du contrat se fonde donc, en effet, sur la nature du contrat que possède proprement chaque convention particulière. Autrement dit, la précision des

⁶⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1964, *Bull. I*, n° 345, cité par Ph. JACQUES, *op. préc.*, n° 146, p. 273-274.

⁶⁷⁷ Voir, Ph. JACQUES, *op. préc.*, n° 146. Cet auteur fait sa démonstration avec de nombreux arrêts typiques et prouve que l'application de l'article 1135 du Code civil est une question de droit.

⁶⁷⁸ B. STARCK, note critique, Cass. 1^{re} civ., 31 janvier 1973, *JCP* 1973, II, 17450 (2^e espèce).

⁶⁷⁹ *Ibid.*

suites dépend des caractéristiques essentielles du rapport contractuel particulier. Pour cela, il est incontournable d'effectuer une appréciation concrète au fait contractuel. Interpréter le contenu des suites du contrat concerne sans doute une question de fait.

Ici, nous devons rappeler la contribution théorique de M. P. Ancel, qui préconise fortement la distinction entre le contenant (la force obligatoire) et le contenu (les obligations) du contrat⁶⁸¹. De plus, M. J. Jeammaud a expliqué que « l'obligatorité se rapporte à l'usage des normes juridiques et non à leur contenu : elles sont d'usage obligatoire, donc exclusif, à l'égard de toute situation entrant dans le champ de validité de l'ensemble normatif auquel elles appartiennent⁶⁸² ». Au sens de l'article 1135 du Code civil, les suites du contrat possèdent une force obligatoire qui s'impose à tous les participants concernés par le contrat. Cette force obligatoire vient de l'autorisation des normes juridiques préexistantes qui comportent non seulement la loi, mais aussi l'usage et l'équité. L'obligation de sécurité est donc une suite exigée par l'équité au regard de la nature du contrat. En tant que fondement juridique, l'équité confère à l'obligation de sécurité une force obligatoire. Or, la nature du contrat détermine le contenu essentiel de cette obligation. Partant, **il ne faut pas confondre l'interprétation du fait du contrat, dont la volonté des parties et les circonstances particulières objectives coexistent, et l'interprétation de la disposition de droit**. Précisément, l'interprétation de l'article 1135 du Code civil relève d'une interprétation de la loi différente de l'interprétation d'une suite du contrat, telle par exemple l'obligation de sécurité.

Appliquant l'article 1135 du Code civil, les juges envisagent à la fois l'interprétation de droit dont la signification de cet article doit convenir au traitement de la question en litige, et l'interprétation de fait dans laquelle les suites du contrat doivent être éclairées. L'interprétation de fait est justement l'interprétation du contrat. Dans le but de l'application de l'article 1135, les juges cherchent à imposer

⁶⁸⁰ Voir, par ex. : Req., 22 janv. 1868, *DP* 1.166 (la décision attaquée, « loin d'être contraire à la loi, est en conformité parfaite avec les art. 1135... ») ; Cass. com., 9 janv. 2001 (2^e espèce), *JCP E* 1337, obs. LEVENEUR ; *RTD civ.* 870, obs. MESTRE et FAGES (« exacte application » des articles 1134 et 1135).

⁶⁸¹ P. ANCEL, *art. préc.*, n° 5, p. 774. Il indique aussi qu'« il nous semble que le seul moyen d'expliquer le mécanisme de la cession de contrat est de dissocier la source (la norme dotée de force obligatoire) et le contenu (les obligations née du contrat) », n° 56, p. 809.

⁶⁸² J. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990.199 et s. spéc. n° 20.

au débiteur un devoir exigé par l'ordre public, qui n'a pas été convenu par les parties. Certains pensaient que l'article 1135 constitue un principe autonome qui contrôle l'étendue de l'extension des conventions⁶⁸³. On a vu que ce contrôle implique non seulement une limite à la liberté contractuelle, mais également un comblement aux lacunes du contrat convenu. L'interprétation judiciaire des suites du contrat ne vise plus la découverte de la commune intention des parties, car le contrat possède aussi une qualité sociale indépendante de l'accord individuel. Comme l'a indiqué M. Rouhette, « une fois entrés en vigueur, les textes ont leur vie propre et l'interprétation peut leur conférer une signification très éloignée de celle qu'avaient en vue leurs rédacteurs⁶⁸⁴ ». Loin d'être un dirigisme contractuel, l'importance est d'accepter la signification véritable de l'article 1135 du Code civil. On ne peut trouver l'essence de l'obligation de sécurité que dans l'esprit de l'article 1135.

§ 3. Essence de l'obligation de sécurité

La pire contestation envisagée par l'obligation de sécurité concerne la détermination de son essence. Les auteurs doutent de **l'existence même de cette suite du contrat**. Selon Carbonnier, « c'est artifice que de faire entrer là-dedans (la responsabilité contractuelle) des bras cassés et des morts d'homme ; les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et suivants⁶⁸⁵ ». Si ce point de vue ne manifeste qu'un sentiment ou une conscience spontanée, plusieurs auteurs ont indiqué, d'une part, l'absence d'un lien entre l'objet de l'obligation contractuelle (la prestation du débiteur) et l'obligation de sécurité, et, d'autre part, l'obscurité de l'exclusivité d'un rapport contractuel concernant cette obligation accessoire de sécurité⁶⁸⁶. De plus, certains auteurs considèrent l'obligation de sécurité comme un devoir général imposé par la loi de délit (art. 1382 et suivants) au sens de ne pas porter atteinte à la sécurité

⁶⁸³ Voir C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, t. VI, 5^e éd. Renouard, Gosselin, Bossange et Lecointe, 1830, n° 197.

⁶⁸⁴ La force obligatoire du contrat, rapport français, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, sous dir., D. TALLON et D. HARRIS, éd. LGDJ, 1987, p. 32.

⁶⁸⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les obligations*, 22^e éd. Puf, 2000, n° 295.

⁶⁸⁶ Voir, H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de droit civil, Obligations*, 9^e éd. Monchrestien, 1998, par Fr. CHABAS, sp. n° 402 ; Ph. REMY, Les nouveaux développements de la responsabilité civile, *RGAT* 1996.529 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, Fondement et régime de l'obligation de sécurité, *D.* 1994, chr. 81 ; Ph. TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité ...*, 6^e éd. Dalloz, 2006, n° 3295-n° 3297 ; N. DEJEAN DE LA BÂTIE, in AUBRY et RAU, *Droit civil français, Responsabilité délictuelle*, éd. Librairies techniques, 1989, sp. n° 94.

d'autrui⁶⁸⁷. C'est une exigence de l'ordre public⁶⁸⁸, qui souligne prioritairement « l'importance vitale pour les individus concernés et pour la société entière⁶⁸⁹ ». Les auteurs qui dénie la caractéristique contractuelle de l'obligation de sécurité, attachent l'obligation de sécurité à un devoir général selon l'exigence de l'ordre public. Mais le problème est que l'ordre public existe également dans les contrats.

Pour découvrir l'essence de l'obligation de sécurité, nous devons étudier la légitimité de l'intervention de l'ordre public au contrat (A), ainsi que les moyens d'intervention (B).

A. Intervention de l'ordre public dans le contrat

Dans le Code civil, nombre d'articles manifestent en effet l'intervention de l'ordre public dans le contrat. Nous pouvons signaler en particulier l'article 1108 sur les conditions de la validité d'une convention dont la légalité du comportement est exigée, les articles 1123 et 1124 relatifs à la définition d'une personne incapable par la loi, l'article 1128 sur l'étendue de « l'objet des conventions »⁶⁹⁰ qui dénie la disponibilité de certaines choses au sens contraire à l'ordre public⁶⁹¹, l'article 1130, al.2 sur l'objet d'une convention relative à la succession non ouverte, l'article 1131 sur l'influence d'une cause illicite sur l'effet de l'obligation, l'article 1628 sur le caractère d'ordre public de la garantie du fait personnel, l'article 1780 sur l'interdiction du louage de service à vie, et bien entendu, les articles 1134 et 1135, etc., qui sont déjà consacrés à **l'intervention de l'ordre public dans le contrat**, ainsi que l'article 1133 du Code civil qui stipule expressément la cause illicite, « quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

Si les dispositions classiques du droit civil commun manifestent principalement un interdit conservateur et négatif aux comportements irréguliers des contractants, le

⁶⁸⁷ Voir, P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 7^e éd. Dalloz, 2007, p.35-37 ; G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, éd. LGDJ, 2008, n° 166-13 et n° 168-3 ; G. DURRY, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ?, *Resp. civ. et assu.*, juin 2001, p. 20 et s.

⁶⁸⁸ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. préc.*, n° 190-2, p. 363.

⁶⁸⁹ G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, *op. et loc. préc.*, n° 194-1, p. 377.

⁶⁹⁰ L'expression originale du Code civil 1804 qui n'a pas distingué l'objet de l'obligation de celui du contrat. En doctrine, cet article vise effectivement à l'objet de l'obligation. Réf. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. préc.*, n° 265, p. 274-276.

⁶⁹¹ Voir, G. LOISEAU, Typologie des choses hors du commerce, *RTD civ.* 2000. 47.

développement contemporain du droit civil spécial reflète une tendance de l'intervention novatrice et positive de l'ordre public dans le rapport contractuel. Cette intervention se caractérise principalement par la conduite économique destinée à orienter les comportements des auteurs vers un but légitime ou un résultat juste dans les activités économiques. Pour sauvegarder le bon fonctionnement du marché⁶⁹², et pour protéger les intérêts respectables de certains sujets sociaux faibles⁶⁹³ dont les consommateurs, le législateur joue de plus en plus fréquemment son rôle actif dans les secteurs économique et social. Le droit de la consommation a établi une série de régimes protecteurs du consommateur dont l'interdiction des clauses abusives est bien connue. Le droit de la concurrence crée de plus en plus des règles d'ordre public de direction, notamment à l'épreuve de la crise économique. De plus, le progrès de la législation européenne et française des droits fondamentaux de l'homme renforce l'intervention de l'ordre public politique et moral dans les rapports contractuels déséquilibrés.

Outre ces ordres publics textuels, la jurisprudence a toujours admis l'existence d'un ordre public virtuel. « Dans le silence des textes, les juges peuvent conférer un caractère d'ordre public à une disposition s'ils estiment que son respect est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française⁶⁹⁴ ». En effet, avant la naissance d'un texte législatif, l'indisponibilité du corps humain dans le commerce a été créée par la Cour de cassation, en tant que règle d'ordre public, afin d'annuler les conventions de mère-porteuse⁶⁹⁵. De plus, la jurisprudence peut parfois, au titre des principes fondamentaux du droit, admettre la nullité d'un contrat destiné à réaliser un objet immoral⁶⁹⁶. Étant conforme à la tendance interventionniste du développement de la législation contemporaine, la jurisprudence participe également à la création des obligations contractuelles hors de la rencontre des volontés des parties. L'obligation de sécurité n'est pas un cas isolé. Les juges ont imposé au contractant les obligations d'information, de motivation, de coopération, même de modération, etc.

⁶⁹² Voir par ex. : Cass. com., 26 mai 1992, *D.* 1993.57, note HANNOUN.

⁶⁹³ Voir par ex. : Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1998, *D.* 1999 somm. com., p.111, *Defrénois* 1998.1417, obs. D. MAZEAUD ; *Contrats, conc. consom.*, n°120, obs. G. RAYMOND.

⁶⁹⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. préc.*, n° 375, p. 381.

⁶⁹⁵ Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *Bull. civ.*, n° 4, p. 5, *D.* 1991.417, rapp. CHARTIER ; *JCP* 1991.II.21752 concl. DONTENWEILLE, note F. TERRE, *Grands arrêts*, n° 49.

⁶⁹⁶ Cass. civ., 4 déc. 1929, *S.* 1931.I.149, note P. ESMEIN, *Grands arrêts*, n° 12.

Malgré ces affirmations de l'intervention de l'ordre public dans le rapport de contrat, les auteurs croient encore traditionnellement à l'opposition essentielle entre l'ordre public et la liberté contractuelle. En soulignant le caractère d'ordre public d'une exigence de sécurité, ils contestent théoriquement la légitimité du régime de la responsabilité contractuelle en matière d'obligation de sécurité. Par conséquent, ils préconisent une obligation de sécurité extra-contractuelle sous la dominance du régime de responsabilité délictuelle⁶⁹⁷.

Évidemment, ce point de vue repose sur la conception d'un contrat de volonté pure, qui est un fruit de la doctrine privatiste de la fin du XIX^e siècle. Selon une vision de cette doctrine, le droit présente deux sphères opposées : l'ordre public et la liberté contractuelle. Cette dernière possède, en matière de construction des normes, une position de proximité avec la première sphère, c'est-à-dire que les individus sont législateurs de leurs affaires personnelles. Aussi, la responsabilité contractuelle ne vient que de la violation des normes convenues par les individus. En revanche, ce qui heurte l'ordre public ne donne lieu qu'à une responsabilité délictuelle au sens du droit civil. Cette distinction semble tellement parfaite pour la construction du système de la responsabilité civile qu'on ne veut plus la troubler avec une obligation de sécurité⁶⁹⁸ !

Cependant, le système de duo-substance du droit civil est-il vraiment ce que le Code civil a établi ? Convient-il à l'actualité du droit civil ? Selon l'article 1134 du Code civil, l'effet d'un contrat se fonde sur la légalité de sa formation. Autrement dit, c'est la loi d'ordre public qui donne à l'accord des individus la force obligatoire. L'article 6 annonce expressément que l'« on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Cet article dénie la souveraineté des normes établies librement par les parties et affirme la supériorité de l'ordre public à la norme convenue par les contractants. Or, la doctrine privatiste a sans doute violé l'esprit du Code civil. Il est donc artificiel d'écarter l'ordre public de la détermination du contenu du contrat. Comme l'indique M. Ph. Jacques, « la doctrine qui, à l'occasion de la critique de la responsabilité contractuelle et de l'obligation complétive de sécurité, voue discrètement aux gémonies cette

⁶⁹⁷ Voir, par ex. : P. JOURDAIN, Le fondement de l'obligation de sécurité, *op. préc.*, p. 1200.

⁶⁹⁸ Voir, Ph. REMY, Critique du système français de responsabilité civile, *Droit & cultures*, 1996, p. 31 et s.

disposition (art. 1135), prétend donc restaurer un état du Droit qui n'a jamais été !⁶⁹⁹ ».

En effet, la liberté affirmée par le droit n'est jamais une liberté illimitée. Pour la société humaine, une modération rationnelle est originellement la condition primordiale de l'exercice de la liberté. D'une part, la liberté individuelle en soi provoque un conflit entre les particuliers en pratique. L'intervention de l'ordre public dans ce cas est destinée à sauver la liberté d'une partie contractante pressée par la liberté abusive d'une autre partie. D'autre part, l'abus de la liberté du contractant heurte parfois l'intérêt général de notre société-communauté. On fait recours également, dans ce cas, à l'ordre public pour sanctionner cet abus et déclarer un concept de valeur qui supporte la supériorité de l'intérêt général sur l'intérêt individu. Sans l'intervention de l'ordre public, le contrat devient probablement un monde brutal où le fort absorbe le faible. Selon M. G. Rouhette, « loin que la liberté soit le principe et la loi impérative ou prohibitive la singularité exceptionnelle, la loi est une restriction normale et permanente à l'activité contractuelle⁷⁰⁰ ».

Par conséquent, le rapport social présenté dans le contrat ne repose pas uniquement sur la convention libre des parties. Il doit également se soumettre à l'exigence de l'ordre public. Les suites contractuelles traduisent justement cette exigence. Or, l'ordre public représente essentiellement l'intérêt général et les valeurs fondamentales de la société qu'il protège contre l'abus de la liberté des individus⁷⁰¹. **Bref, l'ordre public n'a jamais été séparé de la liberté contractuelle. Au contraire, il intervient de plus en plus profondément dans le rapport du contrat dans le contexte de la collaboration sociale contemporaine⁷⁰².**

Après la réflexion sur l'intervention de l'ordre public dans le contrat, il convient d'aborder les moyens de l'intervention de l'ordre public dans le contrat.

⁶⁹⁹ Ph. JACQUES, thèse, *op. préc.*, n° 417, p. 887.

⁷⁰⁰ G. ROUHETTE, *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*, sous la direction de D. TALLON et D. HARRIS, éd. LGDJ, 1987, p. 31.

⁷⁰¹ Voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, *op. préc.*, sur le terme de « Ordre public », I, p. 644.

⁷⁰² Voir P. DEUMIER et Th. REVET, *Ordre public*, Dictionnaire de la culture juridique, sous dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Puf, 2003, p. 1119-1122.

B. Moyens d'intervention de l'ordre public dans le contrat

Dans la société contemporaine, l'intervention de l'ordre public dans la démarche de la liberté contractuelle ne se limite plus à la fixation des règles d'interdiction. Elle marque aussi la construction de l'objet du contrat qui exige à la fois le respect des intérêts particuliers des parties et de l'intérêt général de la société⁷⁰³. Techniquement, l'objet du contrat désigne « l'ensemble des droits et des obligations que le contrat est destiné à faire naître⁷⁰⁴ ». Sur le plan conceptuel, il est l'opération juridique envisagée dans la globalité du contrat⁷⁰⁵. L'intervention de l'ordre public dans l'objet du contrat réaffirme d'abord la réalité que le contrat n'est pas uniquement un fruit de la commune intention des parties. **L'ordre public fournit au contrat non seulement le cadre juridique extrinsèque de mise en œuvre et les orientations de principe, mais aussi les normes intrinsèques au rang des obligations contractuelles, c'est-à-dire, les suites obligationnelles.**

Comment traitons-nous, dans le domaine du contrat, la relation entre la liberté des parties et l'ordre public, notamment la relation entre les obligations principales convenues et leurs suites imposées ? Pour répondre à cette question, nous devons connaître la fonction de l'ordre public dans le domaine du contrat (1) et la situation de l'utilisation des critères extrinsèques (2).

1. Fonction de l'ordre public dans le domaine du contrat

L'incertitude de l'étendue de l'ordre public n'empêche pas une précision de sa fonction dans le domaine du contrat. Or, à la différence de la distinction doctrinale dominante entre l'ordre public de direction et celui de protection, nous préférons fonder cette précision sur une classification abstraite. Grâce au mérite théorique de M. J. Ghestin⁷⁰⁶, la recherche de la fonction de l'ordre public peut également être effectuée par la voie de principes fondamentaux de la théorie générale du contrat.

⁷⁰³ Voir, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. préc.*, n° 265, p. 274-276.

⁷⁰⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. préc.*, sur le terme de « Objet », 3, p. 626.

⁷⁰⁵ Voir, A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse, Nantes, 2004, n° 343 et s., p. 236 et s.

⁷⁰⁶ Voir cet auteur, *L'utile et le juste dans les contrats, D. chron.*, 1982, p. 1-10.

En effet, l'influence de l'ordre public sur le contrat se manifeste principalement par la sauvegarde de l'utile (a) et du juste (b) du contrat.

a). Sauvegarde de l'utilité objective du contrat

Selon M. Ghestin, « le contrat est obligatoire parce qu'il est utile⁷⁰⁷ ». Cette utilité contractuelle repose avant tout sur l'essence économique du contrat, c'est-à-dire un instrument d'échange permettant des opérations socialement utiles. Même si la fonction d'échange du contrat dépend sans doute de l'accord librement convenu par les parties, l'exercice de la liberté contractuelle ne doit pas, sous la direction de l'ordre public, porter atteinte à l'utilité sociale du contrat. Autrement dit, dans son sens originel, le contrat doit pouvoir satisfaire les besoins d'échange économique du peuple. Dans le droit romain, la forme du contrat était strictement exigée afin de garantir le fonctionnement d'échange économique par le contrat. Quant aux rédacteurs du Code civil de 1804, même s'ils ont inspiré l'esprit du libéralisme contractuel développé dès le Moyen Âge, il y a toutefois des dispositions d'ordre public destinées à sauvegarder l'utilité économique objective du contrat dans le Code civil.

Selon le Code civil, « la prestation doit exister et doit être déterminé⁷⁰⁸ » ; il doit également être licite. La fonction de l'ordre public en matière d'objet du contrat est d'assurer l'existence, la possibilité et la licéité des prestations obligationnelles du contrat. Autrement dit, l'ordre public est chargé de contrôler la réalité de la transaction, de maintenir l'équilibre des prestations et de protéger la justice contractuelle. Un ancien arrêt a affirmé qu'« un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter⁷⁰⁹ ». Le sens d'existence d'un contrat se caractérise avant tout par l'utilité d'un instrument d'échange économique. Cette utilité peut effectivement être définie comme utilité sociale.

Pourtant, l'utilité objective du contrat ne se limite pas à une utilité formelle d'un instrument d'échange économique. Le développement contemporain de la

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 3.

⁷⁰⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. préc.*, n° 301, p. 316.

⁷⁰⁹ Cass. Req., 19 janv. 1863, *DP* 1863, I, p. 248.

jurisprudence française a clairement montré une considération substantielle sur la satisfaction des attentes légitimes d'une des parties contractantes. Pour les juges, le résultat de l'exécution du contrat doit être utile à toutes les parties contractantes. Sinon, le contrat serait attaqué pour absence de cause. D'une part, l'insuffisance de la contrepartie constitue toujours une absence objective de cause ; d'autre part, comme la réalisation des mobiles subjectifs d'un des contractants est impérativement considérée dans le cadre de la légitimité objective, l'appréciation du juge repose toutefois sur l'utilité objective du contrat concerné. Par ailleurs, l'utilité contractuelle ne peut pas être simplement définie comme une utilité sociale, car l'intérêt individuel du contractant se situe au cœur de cette appréciation. En effet, la notion d'utilité contractuelle a une étendue plus large que celle de l'intérêt général. L'observation doctrinale est discutable, car elle coince l'utilité du contrat dans la considération et la sauvegarde de l'intérêt général⁷¹⁰.

Grâce à l'intervention de l'ordre public dans les contrats, la considération de l'utilité objective du contrat renforce la stabilité du régime contractuel et échappe au trouble causé par la fluidité des intentions subjectives des individus.

b). Sauvegarde de la justice contractuelle

Intervenant dans les affaires privées des individus, l'ordre public sert non seulement à la protection de l'intérêt général de notre société et de l'intérêt des particuliers, mais encore à la sauvegarde des valeurs fondamentales de la société humaine : la liberté, l'équité et finalement la justice. En établissant la justice dans les affaires privées, l'ordre public distribue en réalité un concept de valeur à tous les membres de la société. Bien que le contrat construise un environnement spécifique distinct de la société extérieure, il n'est pas indépendant à la société extérieure. Au contraire, il s'inscrit toujours dans la société. Il ne peut donc heurter l'ordre social et les normes fondamentales de la société.

De plus, si la liberté individuelle constitue, toutefois, une des bases de la justice contractuelle, l'ordre public apporte une contribution à la réaffirmation et à la

⁷¹⁰ Voir M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, Préf. J. GHESTIN, éd. LGDJ 2004, n° 43, n° 54 et s.

sauvegarde de la liberté véritable, au moyen de l'attaque contre l'abus de la prérogative contractuelle⁷¹¹. Ce rapport dialectique d'opposition-collaboration entre l'ordre public et la liberté contractuelle caractérise tous les régimes contractuels. Dans sa fonction propre, l'ordre public restreint la volonté abusive et libère la volonté pressée.

La sauvegarde de la justice contractuelle dépend sans doute de l'intervention de l'ordre public dans le rapport contractuel. D'une part, l'ordre public tend à sauver l'intérêt du faible contractant qui est objectivement privé soit du pouvoir de négociation libre, soit de la possibilité de la prévision légitime en raison de l'absence d'informations importantes concernant la prestation de son cocontractant. D'autre part, l'ordre public contrôle la conformité de l'exécution des obligations contractuelles à l'objet du contrat par le biais du renforcement de l'exigence de bonne foi.

Selon la définition juridique généralement acceptée, « la justice » comporte au moins deux sens abstraits : objectivement, la justice désigne « ce qui est positivement juste, ce à quoi chacun peut légitimement prétendre⁷¹² » ; subjectivement, elle signifie « ce qui est idéalement juste, conforme aux exigences de l'équité et de la raison⁷¹³ ». Dans la pratique judiciaire, la justice contractuelle doit donc reposer sur deux principes : le respect pour la prévision raisonnable des parties contractantes et l'égalité du remède ou de la pénalité judiciaires pour un même type de fait contractuel.

Pourtant, l'invention judiciaire de l'obligation de sécurité provoque justement la polémique sur les deux aspects ci-dessus. En premier lieu, une obligation de sécurité est-elle bien prévue ou voulue par les parties ? Il s'agit de la liberté de déterminer le contenu du contrat. Si l'on accepte que la liberté contractuelle soit une des valeurs primordiales consacrées par l'ordre public dans le domaine du contrat, les obligations principales du contrat doivent normalement être convenues par les parties. Autrement

⁷¹¹ Parce qu'en cas de déséquilibre contractuel, très fréquemment, une des parties n'a pas librement exprimé son intention véritable. Voir D. MAZEAUD, La réduction du contrat, in colloque « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *Droit & Patrimoine*, n° 58, 1998, p. 66.

⁷¹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Asso. Henri Capitant, *op. préc.*, terme « Justice ».

⁷¹³ *Ibid.*

dit, l'ordre public ne peut pas, en général, se substituer aux parties pour la détermination des prestations essentielles contractuelles. Cependant, les problèmes que nous envisageons la plupart du temps sont l'abus de la liberté d'une des parties, qui donne souvent lieu à des conséquences injustes. L'ordre public est donc tenu de sauvegarder la liberté de volonté du faible et de rétablir la justice contractuelle dont le régime contre les clauses abusives est un exemple typique⁷¹⁴. Par ailleurs, dans un contrat, outre les clauses stipulant les obligations principales, il existe encore des clauses accessoires qui, soit détaillent les circonstances d'exécution du contrat, soit expliquent la motivation commune des parties, ou encore prévoient le traitement de la contestation future, etc. En cas de manquement des éléments accessoires, le juge doit, sous la direction de la loi, l'usage et l'ordre public, ajouter aux obligations principales les suites nécessaires, qui n'ont pas été convenues par les parties. La logique de l'ordre public signifie que les parties **auraient dû** donner ou faire certaines choses dans certaines circonstances. Dans un contrat, les suites ajoutées par l'ordre public doivent avoir un lien avec les obligations principales, leur existence dépend de celles des obligations principales ; sans ces dernières, elles ne peuvent plus isolément exister. Par exemple, quand le voyageur arrive à sa destination et descend du train, le transporteur a totalement exécuté ses obligations principales, son obligation de sécurité est également terminée.

En revanche, dans un arrêt discutable⁷¹⁵, le juge du fond fait peser sur l'artisan décapeur une obligation de sécurité en faveur de la demande de réparation de la victime antiquaire qui a confié au premier un meuble. Cette obligation complétive, ayant un lien strict avec le contrat d'entreprise, existe principalement pour une convention d'assistance présumée dans laquelle l'antiquaire donne un coup de main au décapeur afin de déplacer son meuble restauré au moment où il vient à l'atelier le récupérer. Évidemment, selon la logique du juge du fond, le décapeur est tenu de livrer la chose à l'antiquaire hors de son atelier afin de finir les prestations du contrat d'entreprise, et donc le préjudice corporel subi par l'assistant (l'antiquaire) pendant la manutention doit être réparé par l'assisté (le décapeur). Il s'agit de savoir quelle

⁷¹⁴ Voir, L. 132-1, al. 1, C. consom., en définissant les clauses abusives comme celles « qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » ; voir aussi, Cass. com., 23 nov. 1999, *Contrat, conc., consom.*, 2000, n° 40, obs. L. LEVENEUR, n° 69, obs. G. RAYMOND, *Defrénois* 2000.245, obs. D. MAZEAUD.

⁷¹⁵ Lyon, 3 mai 1995, *JCP* 1996, IV, p. 843.

obligation principale est accompagnée de l'obligation de sécurité. En réalité, suite à l'achèvement du travail du décapeur, les obligations principales du contrat d'entreprise ont déjà été exécutées. L'obligation de livraison tenue par le décapeur hors de son atelier est un artifice ! D'une part, le contrat d'entreprise réel n'a jamais stipulé que le décapeur soit tenu de livrer le meuble dans la maison de l'antiquaire ou dans son véhicule. D'autre part, la nature du contrat d'entreprise permet, au sens juridique, au maître d'ouvrage de venir retirer le meuble chez l'entrepreneur. Suite à la réception du meuble par le maître d'ouvrage, le contrat d'entreprise est terminé, ainsi que la garde et le risque en dommage⁷¹⁶ de la chose qui sont transférés de l'entrepreneur au maître d'ouvrage. À l'inverse de ce que le juge du fond a affirmé dans l'arrêt analysé, c'est le décapeur qui assiste l'antiquaire pendant la manutention du meuble pour faciliter son transport vers la maison. Donc, le décapeur ne doit pas être tenu d'exécuter une obligation de sécurité indépendante de ses obligations principales d'entreprise. Malheureusement, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi du défendeur⁷¹⁷.

L'obligation de sécurité apparaît mieux comprise dans les contrats de service. Outre le contrat de transport, la jurisprudence impose ainsi à l'exploitant d'un manège forain d'exécuter « l'obligation d'assurer la sécurité absolue des personnes qui se livrent au jeu qu'il organise⁷¹⁸ ». Dans le domaine médical, un arrêt connu a affirmé que « le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins⁷¹⁹ ». De même, l'établissement d'enseignement est « contractuellement tenu d'assurer la sécurité des élèves qui lui sont confiés, ... est responsable des dommages qui leur sont causés... par le fait des choses qu'il met en œuvre pour l'exécution de son obligation contractuelle⁷²⁰ ». Ou encore « le garagiste est tenu envers ses clients qui lui confient un véhicule en réparation d'une obligation

⁷¹⁶ Contrairement au contrat de vente, l'entrepreneur n'est pas tenu de la garantie des vices cachés sauf en matière immobilière dans le contrat d'entreprise. Réf., CA Rouen 8 novembre 1995, *Sem. Jur.* 1996, IV, n° 2037

⁷¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 16 juil. 1997, *RTD civ.*, p. 944, obs. P. JOURDAIN.

⁷¹⁸ CA Nancy, 26 juin 1925, *D.* 1927, 2, p. 29.

⁷¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1999, *JCP* 2000, II, 10251, note BRUN ; I, 243, n° 26, obs. VINEY ; *Bull.* I, n° 300, p.195 ; *D.* 2000, somm. 117, obs P. JOURDAIN ; *Deffrénois* 2000, 251, obs. D. MAZEAUD.

⁷²⁰ Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n° 43, p. 29 ; *JCP* 1995, I, 3853, n° 9, obs. VINEY.

de sécurité dont il peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute⁷²¹ ». La fixation de ces obligations de sécurité se fonde donc sur l'exécution des obligations principales du contrat.

En matière de la vente, la nature de l'obligation de sécurité présente cependant une situation contestable. Même si certains arrêts remarquables ont libéré l'obligation de sécurité de la garantie des vices cachés, la considération des juges se concentre principalement sur la nécessité du remède des préjudices corporels ou matériels de la victime, c'est-à-dire que la satisfaction d'un besoin réel d'indemnisation l'emporte sur la pertinence théorique de l'emploi de la nouvelle norme d'ordre public. L'obligation de « ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens⁷²² » semble être une suite de l'obligation principale de livraison. Elle comporte évidemment le sens d'une garantie de sécurité. Quand les produits ont déjà été livrés au créancier, le débiteur finit ses obligations principales, dont celle de livraison. Le contrat de vente est terminé. En ce qui concerne un préjudice corporel ou matériel ultérieur, il n'y a pas lieu d'invoquer une obligation contractuelle et sa suite, sauf le cas de la garantie des vices cachés prévu par le Code civil. Si l'obligation de sécurité repose non seulement sur la prestation en cours, mais aussi sur les produits déjà livrés, ce serait contraire au sens de l'article 1135 du Code civil qui ne construit la suite du contrat que sur la base d'une obligation existant dans la convention, mais non sur la base de l'objet des obligations du contrat. Dans les arrêts discutables cités ci-dessus, les juges ont en réalité changé la logique de raisonnement de l'article 1135 sur la suite du contrat. Envisageant les préjudices inacceptables de la victime, l'obligation de sécurité peut être considérée, soit comme une suite de la garantie des vices cachés, soit comme une garantie de sécurité indépendante distincte de la suite du contrat. La garantie des vices cachés participe alors d'une obligation de droit imposée qui ne repose pas sur la volonté des parties. Même si l'article 1627 du Code civil permet en principe aux parties de dispenser, par des conventions particulières, cette obligation de garantie⁷²³, les juges ont, par leurs interprétations judiciaires

⁷²¹ Cass. 1^{re} civ., 9 juin 1993, *Bull. civ.*, I, n° 209, p. 145 ; *Contrat, conc., comsom.*, 1993, n° 205, obs. L. LEVENEUR.

⁷²² Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1991, *Bull. I*, n° 201, p. 132 ; *Contrats, Conc, Consomm.*, 1991, comm. n° 219, obs. L. LEVENEUR ; *Rev. trim. dr. civ.* 1992.114, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 1992, I, 3572, pp. 158-159, obs. VINEY.

⁷²³ L'art. 1627, C. civ. stipule que « les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet ; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie ».

souveraines, limiter effectivement cette prérogative (ou liberté) des parties. Le vendeur de mauvaise foi « ne peut se soustraire à sa responsabilité propre en invoquant une clause d'exclusion de garantie⁷²⁴ », ni même le vendeur professionnel⁷²⁵. Quand la garantie des vices cachés devient obligatoire, elle possède le caractère d'ordre public.

Outre le respect de la prévision raisonnable des parties, l'ordre public est encore tenu de sauvegarder l'égalité du remède ou de la pénalité judiciaires pour un même type de fait contractuel. Dans les arrêts affirmant l'obligation de sécurité, l'inégalité du remède judiciaire entre les contractants et les tiers est fortement accusée par les juristes. Ce trouble semble dépasser le domaine du régime du contrat. Le juste sauvé par l'ordre public est donc d'une justice non seulement contractuelle, mais également extra-contractuelle. Techniquement, la Cour de cassation a amélioré la situation défavorable des victimes par la jurisprudence. D'une part, un certain arrêt redéfinit les bénéficiaires de l'obligation de sécurité de délivrance des produits du vendeur professionnel « tant à l'égard des tiers que de son acquéreur⁷²⁶ » ; d'autre part, la haute juridiction affirme, dans un arrêt, que « tout producteur est responsable des dommages causés par un défaut de son produit, tant à l'égard des victimes immédiates que des victimes par ricochet, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles ont la qualité de partie contractante ou de tiers⁷²⁷ ». Pourtant, ces interprétations judiciaires ont provoqué la polémique doctrinale sur la tendance de la politique judiciaire. Elles ont été considérées soit comme un retour au délit engendré par une dé-contractualisation pure de l'obligation de sécurité⁷²⁸, soit au contraire comme la consécration d'une responsabilité contractuelle du fait des choses⁷²⁹. Enfin, le législateur français a joué un rôle définitif dans la précision de la nature de la responsabilité civile, en établissant, par la loi du 19 mai 1998, une responsabilité du fait des produits défectueux qui dépasse la distinction classique entre les

⁷²⁴ Cass. com., 16 juin 1964, *Bull.*, III, n° 312, p. 271.

⁷²⁵ Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1954, *JCP* 55, II, 8565, note H. B. ; Cass. 3^e civ., 22 janv. 1974, *D.* 1974.288 ; Cass. 3^e civ., 13 nov. 2003, *Resp. civ. et assur.*, 2004.44. (Parce que le vendeur professionnel est réputé connaître les vices de la chose).

⁷²⁶ Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 1995, *Gaz. Pal.* 1995.2, panor. p. 138/n°250, p. 138 (7 sep. 1995) ; *D.* 1995.350, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* éd. G. 1995.I.3853, n° 9 et s., obs. VINEY ; *Resp. civ. et assur.*, 1995, chron. n° 16, obs. H. GROUDEL.

⁷²⁷ Cass. 2^e civ., 28 avril 1998, *JCP* 1998, II, 10088, rapp. Sargos, I, 185, n° 19, obs. VINEY.

⁷²⁸ P. JOURDAIN, Le fondement de l'obligation de sécurité, *op. cit.*, p. 1200 ; voir aussi, J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.* ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *op. et loc. cit.*, n° 1560.

⁷²⁹ D. MAZEAUD, *op. et loc. cit.*, p. 1206 et 1207 ; voir aussi F. LEDUC, La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses, *D.* 1996, *chron.* p. 164 et s.

responsabilités délictuelle et contractuelle dans le Code civil (de l'article 1386-1 à l'article 1386-18).

Dès lors, l'établissement de la responsabilité du fait des produits défectueux évite la discussion sans fin sur la nature juridique de l'obligation de sécurité en matière de vente. Il affirme effectivement un devoir général de garantie de sécurité des produits. C'est un impératif extrinsèquement imposé par l'ordre public aux producteurs, vendeurs, loueurs et tout autre fournisseur professionnel. Il reflète clairement que le lien intrinsèque entre l'obligation principale du contrat et sa suite est une condition fondamentale de l'intervention de l'ordre public dans les conventions des individus.

2. Utilisation des critères extrinsèques

L'ordre public fournit au juge un fondement de normes afin qu'il puisse échapper à l'incertitude d'une interprétation divinatoire reposant formellement sur la commune intention des parties. Avec une norme impérative, le juge peut désormais intervenir dans le rapport contractuel, convaincu de son bon droit. Ce choix de politique judiciaire repose, bon gré mal gré, sur une réalité de l'insuffisance des preuves concernées, car en cas de silence des documents contractuels, il est difficile de connaître la volonté véritable des contractants. On ne fait plus aujourd'hui confiance à l'analyse purement psychologique. **Un critère extrinsèque devient nécessaire et important pour combler les lacunes du contrat.**

Dans la discussion de l'obligation de moyens, nous avons trouvé que l'article 1137 du Code civil a recours à l'imagination d'un « bon père de famille » pour affirmer l'obligation de prudence ou de diligence. En réalité, ce critère de référence est bien admis par plusieurs articles du Code civil⁷³⁰. Le « bon père de famille », en s'inspirant de l'expression originale latine du « *bonus pater familias* » en droit romain, est considéré comme une « type d'homme normalement prudent, soigneux et diligent⁷³¹ » qui est « ni un héros ni un voyou, ni un génie ni un crétin : cet homme de

⁷³⁰ Voir, les art. 1806, 1880 et 1962 C. civ. sur la conservation du bien d'autrui, les art. 450 et 1374 C. civ. sur l'administration du bien et la gestion de l'affaire, les art. 601 et 1728 C. civ. sur la jouissance du bien d'autrui.

⁷³¹ Voir, G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. et loc. préc.*, sur le terme « Bon père de famille », p. 120.

comparaison est le Français moyen ayant cependant le sens de ses devoirs, de sa responsabilité et du bien commun⁷³² ». Par ailleurs, l'article 1112 du Code civil crée un autre terme de référence : « une personne raisonnable⁷³³ » et « doué[e] de discernement ; doté[e] d'une capacité normale (moyenne) de compréhension (critère *in abstracto*)⁷³⁴ ». Ces deux références initiales du Code civil manifestent que le droit positif français fournit au juge une orientation analogique reposant sur les critères objectifs. Sans la recherche purement psychologique et sans l'intervention brutale d'une règle d'ordre public, le juge peut encore recourir à cette orientation analogique dans l'interprétation du contrat afin de déterminer l'obligation ou la responsabilité d'une des parties contractantes.

En réalité, les contractants ne sont pas toujours avisés dans la vie réelle, c'est-à-dire qu'il existe certaine distance entre une personne raisonnable et un contractant réel dans diverses circonstances. **Le bon père de famille et la personne raisonnable sont effectivement une opération de fiction juridique** qui « joue le rôle d'un standard destiné à guider l'interprète dans son appréciation du contenu du contrat⁷³⁵ ». Même si l'on considère habituellement l'artifice comme une critique, le droit positif français ne dénie jamais la légitimité de la fiction d'un contractant raisonnable dans la construction des lacunes du contenu du contrat. Malgré l'incompatibilité avec la réalité matérielle, la fiction juridique construit une réalité juridique qui repose sur certain jugement de valeur porté sur un résultat de droit⁷³⁶. Dans cette « réalité » fictive ou artificielle, les éléments extérieurs sont ajoutés, au nom de la volonté des contractants raisonnables, dans le contrat. Selon Carbonnier, « le contrat des contractants est le contrat que, par hypothèse, auraient conclu des gens raisonnables⁷³⁷ ». Cette opération technique est plutôt une fiction du rôle contractant que celle de la volonté des parties, car l'obligation tenue par une personne raisonnable ne vient pas de la recherche de la volonté. Elle est, en réalité, déterminée par une référence à la coutume, l'usage ou l'habitude.

⁷³² Ph. TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. préc.*, n° 3518.

⁷³³ L'art. 1112 C. civ., al. 1^{er} stipule qu'« il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent ».

⁷³⁴ Voir, G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. préc.*, sur le terme « Raisonnable », p. 757.

⁷³⁵ Voir Y PACLOT, *op. préc.*, n° 305 et n° 306, p. 283-284.

⁷³⁶ Voir G. WICKER, *Fiction*, Dictionnaire de la culture juridique, sous dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Puf, 2003, p. 716-720.

Le droit français affirme non seulement en soi la technique de fiction juridique d'« une personne raisonnable », mais il a le mérite de la généralisation de cette idée dans le monde entier⁷³⁸. Aujourd'hui, nous pouvons facilement trouver les sources internationales et européennes de cette technique : l'article 8, paragraphe 2 de « la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises⁷³⁹ » (dite Convention de Vienne) de 1980 ; l'article 4.1, alinéa 2 des « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international⁷⁴⁰ » de 1994 et l'article 5 :101 des « Principes contractuels communs du Projet européen de cadre commun de référence de 2008⁷⁴¹ ». Sous l'influence de l'harmonisation internationale et européenne du droit des contrats, la démarche de la réforme du droit français des contrats renforce l'attitude ouverte à la fiction juridique d'un contractant raisonnable. Sous l'impulsion de M. François Terré, l'Académie des sciences morales et politiques a proposé une règle d'interprétation qui se conforme au principe commun international et européen ci-dessus, dans son avant-projet titré « Pour une réforme du droit des contrats ». L'article 136, alinéa 2 de cet avant-projet stipule qu'« à défaut de déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation ». Cet article proposé est, sans réserve, accepté par le Projet gouvernemental de réforme du droit des contrats en juillet 2008⁷⁴². Enfin, même si dans sa rédaction le Code civil français n'accepte que dans des cas particuliers le critère de bon père de famille, ou de personne raisonnable, il semble qu'il y ait une tendance à généraliser l'application de la fiction juridique d'une personne raisonnable dans l'interprétation du contrat.

⁷³⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil : les obligations, op. et loc. préc.*, n° 34, p. 87.

⁷³⁸ Voir G. WEISZBERG, *Le « raisonnable » en droit du commerce international*, thèse, Université de Paris II, 2003, n° 435, p. 323, disant que « la Convention de Vienne, s'inspirant du texte français de la Loi uniforme sur la vente internationale (L.U.V.I.) de 1964, impose de se référer au modèle d'une "personne raisonnable de même qualité" ». (Voir aussi, Ph. KAHN, La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, *Rev. trim. dr. com.*, 1964. 689, spéc. p. 707).

⁷³⁹ Voir art.8, paragraphe 2: « Si le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné ».

⁷⁴⁰ Voir art. 4.1, alinéa 2: « Faute de pouvoir déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ».

⁷⁴¹ Voir Asso. Henri Capitant et Société de législation comparée, *Principes contractuels communs, Projet de cadre commun de référence*, éd. Société de législation comparée, 2008, p. 485. L'art. 5 :101, (3) de ce texte inspire parfaitement l'expression des « Principes d'UNIDROIT ».

⁷⁴² Voir art.152, alinéa 2 du texte.

Pourtant, **la signification de la « personne raisonnable »** demeure toujours ambiguë. Des auteurs la considèrent comme une « notion-cadre, au contenu indéterminé, [qui] renvoie à une norme coutumière, à charge pour le juge de préciser celle-ci⁷⁴³ ». Mais M. S. Sayrat pense « qu'en fait, il y a une impossibilité radicale de l'expression à s'ériger en "notion"⁷⁴⁴ ». En effet, la difficulté vient du caractère abstrait du terme « personne raisonnable ». Pour le bon père de famille, rien ne dit à quel niveau sa gentillesse doit être prise en considération ; rien ne dit non plus pour la personne raisonnable, sur quel critère d'appréciation sa raison repose. Même si nous avons bien observé l'usage des qualificatifs : avisé[e], prudent[e], diligent[e], normal[e] ou moyen[ne], en tant que contractant conceptuel, leur rôle est difficile à cerner. Même ignorant « les petits mots » intéressants⁷⁴⁵, les juges « écoutent en eux-mêmes la voix de la raison, pensant qu'il est souhaitable que chacun, quelles que soient ses aptitudes intellectuelles, s'efforce d'en faire autant »⁷⁴⁶. Ainsi l'indiquaient MM. Ph. Tourneau et L. Cadiet : « en pratique, le juge aura tendance à penser que c'est lui-même et à s'utiliser comme type de comparaison !⁷⁴⁷ ». De plus, Carbonnier a signalé que « c'est un pouvoir de réfection qu'exerce alors le juge. Il essaie de refaire le contrat tel que l'aurait fait un homme raisonnable et équitable, meilleur peut-être que ne l'étaient les contractants⁷⁴⁸ ». La classification abstraite des qualités des contractants est contestée, car même si une personne « moyenne » et une « bonne » personne (au critère du bon père de famille) évoquent évidemment deux personnes aux qualités très différentes, elles doivent être toutes les deux « personne raisonnable ». Sinon, le juge, en tant qu'arbitre de la raison humaine, ne peut plus conduire une décision convaincante.

Un commentaire des « Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » a indiqué la clef de notre embarras : « Il ne s'agit pas d'un critère général et abstrait de ce qui est raisonnable, mais davantage de la

⁷⁴³ Ph. TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. et loc. préc.

⁷⁴⁴ S. SEYRAT, *Le bon père de famille, la signification et la fonction dans le droit*, thèse, Université de Paris II, 1985, p. 224.

⁷⁴⁵ Voir S. RIALS, Les standards, notions critiques du droit, in Les notions à contenu variable en droit, Travaux du C.N.R.L., Études publiées par Chaïm PERELMAN et Raymond VANDERELST, éd. Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 39. Cet auteur indique qu'il y a intérêt « à prêter attention à ces petits mots trop évidents, trop discrets, pour être vraiment honnête ».

⁷⁴⁶ N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. MAZEAUD, bibl. dr. priv., t. 57, 1965, n° 191, p. 159-160 ; voir aussi, H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd. Montchrestien, 1965, t. I, n° 440 et n° 428.

⁷⁴⁷ Ph. TOURNEAU et L. CADIET, op. et loc. préc.

⁷⁴⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil : les obligations*, op. et loc. préc., n° 147, p. 284.

compréhension que pourrait raisonnablement avoir une personne ayant par exemple la même connaissance linguistique, la même compétence technique ou la même expérience commerciale que les parties⁷⁴⁹ ». Selon cette indication, on ne peut pas exactement expliquer, au moyen d'une appréciation abstraite, une notion déjà abstraite. En revanche, il faut mettre la notion abstraite dans les circonstances concrètes de fait afin d'examiner sa pertinence. L'abstraction d'une qualité concrète du contractant doit être considérée comme une normalisation de droit destinée à faciliter la conduite par le législateur et par le juge. En droit, l'appréciation *in abstracto* ne vise qu'au fait concret, et l'appréciation *in concreto* n'envisage que la formule conceptuelle abstraite. Pour la personne raisonnable, nous ne devons pas oublier les divers contextes dans lesquels elle se trouve réellement. Les sources du droit international et européen ont donné une réponse plus claire : « On donne au contrat le sens que des personnes raisonnables de même qualité que les parties lui donneraient dans les mêmes circonstances⁷⁵⁰ ». Plus précisément, « pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties⁷⁵¹ ».

Dans la doctrine française du droit et dans les avant-projets de réforme du droit des contrats, la référence aux circonstances concrètes est sans doute affirmée pour apprécier une personne raisonnable. Même si l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (autrement dit, l'avant-projet de Catala) a envie de maintenir l'expression classique du droit français, dont son article 1139 stipule que « le contrat s'interprète en raison et en équité », les juristes français, chargés de rédiger les « Principes contractuels communs » du Projet européen de cadre commun de référence, pensent que l'articulation de « raison » sera délicate, et « mieux vaut donc conserver la formule actuelle des PDEC ('Principes du droit européen des contrats')...⁷⁵² ». Ils s'accordent pour **mettre la personne raisonnable dans des contextes concrets**. Ce point de vue est également partagé par les rédacteurs de l'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des contrats.

⁷⁴⁹ Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes d'UNIDROIT : relatifs aux contrats du commerce international 2004*, éd. Unidroit, 2004, p. 95.

⁷⁵⁰ Art. 5 :101 des « *Principes du droit européen des contrats* » de 1998 ; voir aussi, *supra*. notes 341-343.

⁷⁵¹ Art. 8, paragraphe 3 de la Convention de Vienne (C.V.I.M.).

⁷⁵² Association Henri Capitant et Société de législation comparée, *op. préc.*, p. 471.

Par ailleurs, dans **la tendance d'objectivation des normes d'appréciation en droit français des contrats**, les juristes français pensent que « la notion d'équité apparaît assez subjective⁷⁵³ » et qu'elle donne au juge « un pouvoir d'interprétation trop vague et trop extensif⁷⁵⁴ ». En revanche, ils manifestent leur confiance aux critères objectifs extrinsèques qui peuvent orienter et limiter l'interprétation effectuée par le juge. Outre la référence à la personne raisonnable et au bon père de famille, le renforcement de l'obligation de résultat et de la responsabilité sans faute reflètent également cette tendance destinée à améliorer la protection de la victime dans le rapport contractuel, et notamment à assurer la justice contractuelle.

Section 2. Obligations accessoires en droit chinois.

La doctrine chinoise du droit civil considère les obligations imposées au contractant par le législateur ou par le juge comme une obligation accessoire de la prestation principale. La théorie sur les obligations accessoires en droit chinois bénéficie du travail de recherche des juristes taiwanais influencés principalement par la doctrine traditionnelle du droit allemand⁷⁵⁵. Les juristes chinois pensent, en général, que les obligations accessoires servent à sauvegarder l'intérêt du créancier en cas d'absence de stipulations précises et concrètes sur les obligations du débiteur contractant. Dépendant de l'obligation essentielle ou principale (autrement dit de la prestation principale), cette obligation vient de l'exigence du principe de bonne foi en droit civil. Elle manifeste ainsi son caractère de diversité, de variabilité et de fluidité en raison de la complexité de la pratique. Par exemple, dans certains cas, l'obligation accessoire consiste parfois à fournir des informations relatives à la prestation ; mais, dans d'autres, il s'agit de garantir la sécurité de son partenaire. La diversité des circonstances des activités contractuelles détermine la catégorie des obligations accessoires. Or, certaines obligations accessoires n'apparaissent que dans certaines phases de l'exécution du contrat.

⁷⁵³ *Ibid.*

⁷⁵⁴ *Ibid.*

Cette théorie est pourtant très controversée, non seulement en ce qui concerne la définition du terme « *obligation accessoire* », mais aussi en matière d'établissement du régime juridique visé. Dans le débat sur l'obligation accessoire, trois questions fondamentales se posent : les obligations accessoires doivent-elles se limiter à l'exécution du contrat (§ 1) ? Quel but cherchent-elles à atteindre (§ 2) ? Quels sont les fondements juridiques des obligations accessoires (§ 3) ?

§ 1. Étendue des obligations accessoires

En matière d'étendue des obligations accessoires, deux observations différentes apparaissent. Certains auteurs préconisent que les obligations accessoires existent non seulement dans l'exécution du contrat, mais aussi dans la négociation précontractuelle des parties, même au-delà de l'achèvement de la prestation principale contractuelle⁷⁵⁶. D'autres auteurs pensent que les obligations accessoires n'existent que dans l'exécution du contrat⁷⁵⁷.

La première observation représente une définition au sens extensif de l'obligation accessoire. Elle définit simplement l'obligation accessoire dans l'étendue de l'application du principe de bonne foi. Aujourd'hui, la bonne foi devient un principe général du droit civil. Il n'est pas étrange de constater que l'action de contracter se soumet à l'exigence du principe de bonne foi, à partir de la négociation précontractuelle jusqu'à l'anéantissement du contrat, même après l'achèvement de la prestation du contrat. En revanche, cette observation présente un inconvénient assez évident, car l'obligation accessoire doit dépendre d'une obligation principale, sinon

⁷⁵⁵ 侯国跃 HOU Guoyue, *契约附随义务研究 Recherche sur les obligations accessoires de la convention*, thèse, 西南政法大学 Université politique et juridique du sud-ouest, Chong Qing, 2006, p. 15.

⁷⁵⁶ Voir par exemple, 费安玲 FEI Anling, *论合同法中的附随义务 Les obligations accessoires en droit des contrats*, *中国司法 Revue de la justice chinoise*, 1999.10, p. 27 ; 王利明 WANG Liming, *合同法研究 Recherches sur le droit des contrats*, tome 1, *op. cit.*, p. 369 ; 王海霞和潘丹 WANG Haixia et PAN Dan, *关于附随义务的几个问题 Quelques questions sur les obligations accessoires*, *理论界 Le Monde théorique (Revue)*, 2000.6, p. 49.

⁷⁵⁷ Voir par exemple, 梁慧星 LIANG Huixing, *统一合同法的成功与不足(上) Les succès et les inconvénients de la loi uniformisée sur les contrats (1)*, *中国法学 Droit chinois (Revue)*, 1999.6, p. 26 ; 韩世远 HAN Shiyuan, *合同法总论 Théorie générale du droit des contrats*, éd. 法律出版社 Law Press, Pékin, 2004, p. 32-33 ; 马强 MA Qiang, *合同法新问题判例研究 Recherches des jurisprudences sur les nouvelles questions du droit des contrats*, éd. 人民法院出版社 Cour populaire Press, Pékin, 2005, p. 7 ; 道文 DAO Wen, *试析合同法上的附随义务 Essai de l'analyse des obligations accessoires en droit des contrats*, *法学 Droit (Revue)*, 1999.10, p. 24.

elle ne peut pas être caractérisée accessoire. Quand les obligations de prestation du contrat ne sont pas encore convenues par les parties, les obligations de renseignements, de coopération et de confidentialité sont déjà imposées par l'ordre public. Le défaut de ces obligations ne donne lieu qu'à une responsabilité extra-contractuelle. En Chine, la « loi sur les contrats » de 1999 établit une responsabilité pour la faute de négociation précontractuelle. Son article 42 dispose que « dans la négociation précontractuelle, une partie est obligée de donner les dommages-intérêts pour ses actions indexées ci-dessous qui donnent lieu au préjudice de son partenaire : 1) négocier de mauvaise foi avec son cocontractant sous prétexte de conclure un contrat ; 2) fournir les informations défectueuses ou cacher intentionnellement la vérité importante concernant la conclusion du contrat ; 3) agir d'une autre façon contre l'exigence du principe de bonne foi ». De plus, l'article 43 affirme qu'en cas de violation de l'obligation de confiance pendant la période précontractuelle, le débiteur doit tenir la responsabilité de réparation⁷⁵⁸. Cette responsabilité pour la faute de négociation précontractuelle doit cependant être définie comme une responsabilité extra-contractuelle. Les obligations précontractuelles fixées ne sont ni contractuelles ni accessoires.

Les obligations accessoires apparaissent après la formation du contrat, notamment avec l'exécution du contrat. Mais il est difficile d'accepter les obligations accessoires après l'anéantissement du contrat. Une fois le contrat anéanti, toutes les obligations contractuelles sont définitivement dépassées. Il n'y a pas lieu de parler de l'obligation accessoire, car, comme nous l'avons vu, l'existence de cette obligation dépend de l'effet de l'obligation principale contractuelle. Pourtant, il faut savoir que même si les prestations principales sont complètement exécutées, le contrat n'est pas caduc. En effet, dans ce cas-là, le débiteur est encore tenu d'exécuter certaines obligations accessoires contractuelles, par exemple, l'obligation de confidentialité ou de non concurrence.

Les obligations contractuelles comportent non seulement les prestations convenues par les parties, mais également les obligations accessoires qui demeurent contractuelles, même si elles n'ont pas été convenues par les parties au moment de la

⁷⁵⁸ Art. 43 de la loi sur les contrats dispose : « aucune partie ne peut ni dévoiler les secrets commerciaux reçus dans la

conclusion du contrat. Selon un certain point de vue, un contrat peut même comporter trois sortes d'obligations : les prestations principales, les prestations accessoires et les obligations accessoires. Les prestations principales sont généralement ce que les parties ont conclu dans le contrat. Les prestations accessoires consistent à faciliter l'achèvement des prestations principales, par exemple, l'obligation d'assistance ou d'information. Les obligations accessoires sont destinées à la garantie de la sécurité physique et des intérêts matériels propres du créancier pendant la durée du contrat, par exemple, la garantie des vices cachés⁷⁵⁹. Lorsque les prestations principales sont complètement exécutées, le débiteur est encore tenu d'exécuter les prestations accessoires et les obligations accessoires.

Pour certains autres auteurs, il existe, en dehors de l'obligation de prestation du contrat, deux sortes d'obligations accessoires : l'une est dite dépendante, l'autre indépendante. La première n'a pas un but indépendant, mais elle cherche à garantir l'exécution de la prestation du contrat ; la seconde possède non seulement un but indépendant, mais garantit également la réalisation de l'effet de la prestation⁷⁶⁰. Selon cette observation, après l'achèvement de la prestation du contrat, certaines obligations accessoires indépendantes sont encore valables pour garantir la réalisation complète des effets de la prestation du contrat.

Malgré la différence de la méthode de distinction, ces deux observations indiquent évidemment l'existence d'une obligation spéciale après l'exécution de la prestation du contrat. C'est la raison pour laquelle la loi sur les contrats de 1999 établit initialement une « obligation post-contractuelle » en droit chinois. Selon l'article 92 de cette loi, « après l'anéantissement des droits et des obligations contractuels, les parties doivent, selon le principe de bonne foi, être tenues d'exécuter des obligations de renseignements, d'assistance et de confidentialité au regard de l'usage de transaction ». Cet article affirme, en réalité, la nature extra-contractuelle

négociation, ni les utiliser de façon déloyal, à peine de réparation des préjudices de l'autre partie ».

⁷⁵⁹ Voir 黄茂荣 HUANG Maorong (Taiwan), *债法总论 Théorie générale du droit des obligations*, tome 1, éd. 中国政法大学出版社 Université politique et juridique de Chine Press, Pékin, 2003, p. 38 ; 王泽鉴 WANG Zejian (Taiwan), *民法学说与判例研究 Recherches sur les doctrines et les jurisprudences du droit civil*, tome 4, éd. 中国政法大学出版社 Université politique et juridique de Chine Press, Pékin, 1998, p. 96-100.

⁷⁶⁰ 史尚宽 SHI Shangkuan (Taiwan), *债法总论 Théorie générale du droit des obligations*, éd. 中国政法大学出版社 Université politique et juridique de Chine Press, Pékin, 2000, p. 341-342 ; voir aussi, 费安玲 FEI Anling, *op. préc.*, p. 27.

du principe de bonne foi, car, après l'anéantissement du contrat, toutes les obligations apparues sous l'égide de ce principe ne sont plus contractuelles. Autrement dit, l'article 92 établit des devoirs post-contractuels.

De nombreux juristes chinois, qui s'inscrivent dans la définition de l'obligation accessoire au sens extensif, considèrent habituellement les obligations prévues par l'article 92 comme des obligations accessoires. En conséquence, en droit chinois, il existe deux catégories d'obligations accessoires : celles contractuelles et celles extra-contractuelles. Cette distinction ne correspond pas à la théorie fondamentale du droit des contrats. Elle est sans doute affectée par une erreur de logique juridique. Précisément, même si le principe de bonne foi régit à la fois les devoirs post-contractuels et les obligations accessoires contractuelles, il ne faut pas confondre les devoirs extra-contractuels avec les obligations contractuelles, car les obligations accessoires se caractérisent toujours par un lien contractuel.

En réalité, l'attitude de la Cour suprême de Chine sur la nature des obligations post-contractuelles est bien montrée par un nouveau document d'interprétation judiciaire à la « loi sur les contrats » en 2009⁷⁶¹. Selon les juges de la Cour suprême, la responsabilité provoquée par le défaut de l'obligation post-contractuelle participe d'une responsabilité civile indépendante des autres responsabilités civiles préétablies, contractuelles, délictuelles ou quasi-contractuelles⁷⁶².

Mais certains auteurs préconisent toutefois que ladite obligation post-contractuelle doit être qualifiée comme une obligation contractuelle⁷⁶³. Pour avoir une précision sur la nature de l'obligation accessoire après l'exécution de la prestation du contrat, M. Peng Suisheng pense que, au lieu de parler d'« obligation post-contractuelle », il faudrait en réalité dire « obligation ultérieure du contrat », qui consiste à maintenir l'effet de l'exécution et à traiter des choses concernant l'anéantissement du contrat⁷⁶⁴. Selon cette observation, les obligations de garantie des vices cachés, de non-concurrence et de confidentialité peuvent toutes être considérées

⁷⁶¹ Cour suprême de Chine, *L'interprétation de certaines questions concernant l'application de la « Loi sur les contrats » (II)*, Fashi [2009] n° 5, 9 fév. 2009.

⁷⁶² Bureau de recherche de la Cour suprême de Chine, *La compréhension et l'application de « L'interprétation de certaines questions concernant l'application de la « Loi sur les contrats » (II) »,* sous la direction de SHEN Yongde et XI Xiaoming, éd. Presse de la Cour populaire, 2009, p. 166.

⁷⁶³ Voir 韩世远 HAN Shiyuan, *合同责任的争论与反思* Les controverses et la réflexion sur la responsabilité contractuelle (1), *人民法院报 Journal de la Cour populaire*, 2001.6.22 ; 侯国跃 HOU Guoyue, *op. préc.*, p.289.

⁷⁶⁴ 彭清生 PENG Suisheng, *合同法要义 L'esprit essentiel du droit des contrats*, éd. 中国政法大学出版社 Université Politique et Juridique de Chine Press, Pékin, 2003, p. 274.

comme une obligation contractuelle, ou plus précisément comme une obligation ultérieure du contrat.

En droit français, la notion de l'obligation post-contractuelle n'est pas établie par le droit commun. Mais le droit des contrats spéciaux, notamment le droit du travail, affirme un devoir de loyauté post-contractuelle. Comme l'indique M. B. Teyssié, « l'obligation de loyauté à laquelle est astreint le salarié s'affaiblit mais ne s'éteint pas lorsque meurt son contrat de travail⁷⁶⁵ ». La jurisprudence a consacré certains devoirs post-contractuels dans les cas concrets⁷⁶⁶. Mais, comme le droit commun des contrats n'affirme pas un devoir général de loyauté post-contractuelle, les juges français dénie souvent l'existence de ce devoir. Quant à l'effet d'une relation contractuelle, un arrêt⁷⁶⁷ connu de la Cour de cassation, approuvé par la doctrine du libéralisme contractuel, a refusé l'application de l'exigence de bonne foi après l'anéantissement du contrat⁷⁶⁸. Selon le commentaire de M. L. Aynès, la bonne foi « ne peut pas établir un devoir général d'agir⁷⁶⁹ ». Mais ce point de vue ne correspond pas à la réalité de l'évolution jurisprudentielle de la bonne foi en droit positif français, notamment pendant la période précontractuelle.

Le vrai problème est de discuter la légitimité d'un devoir de loyauté post-contractuelle. Comme l'indique M. D. Mazeaud, « d'une façon générale, il ne semble pas hérétique ou évangélique de considérer que l'existence passée d'un contrat puisse exercer une influence sur le comportement des anciens contractants et les contraindre à se conformer à quelques règles simples relevant d'exigence de civilité élémentaire⁷⁷⁰ ». Cette idée est appuyée par M. A. Bénabent. Pour lui, « le contrat expiré peut conduire encore à certains effets non seulement lorsqu'il les a expressément prévus (comme une clause de non-concurrence pendant un certain temps, qui a encore la nature contractuelle), mais encore en vertu d'un devoir de loyauté post-contractuelle...⁷⁷¹ ».

⁷⁶⁵ B. TEYSSIE, *Les relations individuelles de travail*, éd. Litec, 1992, n° 642.

⁷⁶⁶ Cf. par exemple, Cass. com., 24 fév. 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 86 ; *JCP* 1999.II.10003, note KEITA ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n°288.

⁷⁶⁷ Voir Cass. civ. 3^e, 14 sep. 2005, *Bull. civ.* III, n° 166, p. 154 ; *D.* p. 761, note. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2005, p. 776, obs. J. MESTRE et B. FAGE ; *RDC* 2006, p.314, obs. Y.-M. LAITHIER.

⁷⁶⁸ Voir Y LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, in *Mélange de P. DIDIER*, éd. Economica, Paris, 2008, n° 27 et 28.

⁷⁶⁹ L. AYNÈS, obs., *Droit & Patrimoine*, janv. 2006, p. 87.

⁷⁷⁰ D. MAZEAUD, note *op. cit.*, *D.* 2006, p. 762.

L'essentiel de la discussion ci-dessus repose encore sur la fonction de la bonne foi dans le droit des contrats. Alors que le droit positif chinois affirme sans réserve l'effet extra-contractuel de la bonne foi, en tant que norme générale d'agir, les juges français deviennent de plus en plus conservateurs sur la question de la fonction de bonne foi. Dans un arrêt de 2007⁷⁷², la Cour de cassation a limité l'application de la bonne foi à la sanction de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle. Elle n'autorise pas le juge à toucher, au nom de la bonne foi, aux obligations convenues par les parties. Cet arrêt manifeste un recul inquiétant de l'application de la norme de bonne foi en France. Car, si la bonne foi ne concerne que « les pouvoirs d'essence unilatérale, qui permettent à l'une des parties de modifier la situation de l'autre par l'exercice unilatéral de sa volonté⁷⁷³ », l'obligation accessoire tenue par le débiteur perd son lien logique avec la bonne foi, et l'article 1134, al. 3 du Code civil français risque de redevenir une règle peu utilisable.

§ 2. But de l'établissement des obligations accessoires

En ce qui concerne le but de l'établissement des obligations accessoires, la doctrine chinoise est constituée d'observations très diverses. Selon certains auteurs, afin de protéger les intérêts du créancier, certaines obligations accessoires sont imposées au débiteur⁷⁷⁴. Comme les intérêts du créancier sont multiples, ce point de vue paraît très vague. On ne peut pas savoir quelle obligation accessoire convient à quel intérêt du contractant, ou quels intérêts ont besoin de l'établissement d'une obligation accessoire. Pour répondre à ces interrogations, d'autres juristes ajoutent certains éléments importants pour expliquer les buts des obligations accessoires : garantir la réalisation de l'objectif du contrat⁷⁷⁵, maintenir l'ordre de transaction⁷⁷⁶. D'autres encore préconisent que l'établissement des obligations accessoires consiste

⁷⁷¹ A. BÉNABENT, *Droit civil : Les obligations, op. préc.*, n° 316.

⁷⁷² Cass. com., 10 juil. 2007, pourvoi n° 06-14.768, *RDC* 2007, p. 1107-1115, obs. L. AYNÈS et D. MAZEAUD.

⁷⁷³ L. AYNÈS, obs. *RDC* 2007, p. 1108.

⁷⁷⁴ Voir par exemple, 张广兴 ZHANG Guangxing, *债法总论 Théorie générale du droit des obligations*, éd. 法律出版社 Law Press, Pékin, 1997, p. 165 ; 叶知年 YE Zhinian, *合同法应设立附随义务 La nécessité d'établir les obligations accessoires en droit des contrats*, *政治与法律 Politique et Droit (Revue)*, 1999.1, p. 39.

⁷⁷⁵ Voir 吕忠梅 LU Zhongmei, *论合同制度的生态化拓展 L'extension biologique du régime contractuel*, *河南师范大学学报 Revue scientifique de l'Université normale de Henan (Philosophie et Science Sociale)*, 2004.5, p.51.

⁷⁷⁶ Voir 张弛和鲍治 ZHANG Chi et BAO Zhi, *附随义务论 De l'obligation accessoire*, *华东政法学院学报 Revue scientifique de l'Université Politique et Juridique de Huadon*, 1999.6, p. 23.

justement à la réalisation parfaite des intérêts attendus par le créancier⁷⁷⁷. Quels intérêts sont alors attendus par le créancier ? Les réponses se focalisent sur l'exécution parfaite de la prestation du contrat et l'économie issue de cette exécution. Pourtant, cette analyse n'est pas parfaite, car le créancier possède encore des intérêts personnels propres qu'il ne veut pas perdre à cause du contrat, comme par exemple, les sécurités physique et matérielle. Sur ce point, M. Wang Zejian a donné une explication acceptable : « l'obligation accessoire désigne ce qui, sous l'exigence du principe de bonne foi, est né dans le développement du contrat, afin d'exécuter la prestation ou de protéger des intérêts physique et matériel d'une des parties (le créancier)⁷⁷⁸ ». La doctrine du double but de l'établissement des obligations accessoires est cependant contestée par M. Hou Guoyue, car, à ses yeux, la théorie sur le double but confond la prestation accessoire et l'obligation accessoire⁷⁷⁹. L'obligation de garantir la réalisation de la prestation doit être définie comme une prestation accessoire ; l'obligation accessoire consiste à la protection de la sécurité physique et des intérêts matériels du créancier⁷⁸⁰. Il donne l'exemple⁷⁸¹ d'un contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur est tenu de réparer le système d'éclairage d'un véhicule. La réparation du système d'éclairage est sa prestation principale. Si l'entrepreneur remplace un accessoire en panne dans la réparation, il doit donner au client le certificat d'assurance de qualité du produit remplacé. C'est la prestation accessoire du contrat. En revanche, si l'entrepreneur découvre une panne sur le frein de ce véhicule, il doit exécuter l'obligation accessoire de renseigner le client afin d'éviter les risques probables d'accident.

La distinction entre prestation accessoire et obligation accessoire semble claire. Pourtant, il ne faut pas ignorer un rapport inséparable entre les deux notions. Dans l'exemple ci-dessus, l'entrepreneur chargé de la réparation du système d'éclairage, n'est pas tenu d'exécuter l'obligation d'examiner les freins du véhicule. Cette obligation de renseignements n'a aucune relation avec la prestation du contrat. Si l'obligation accessoire du contrat devient indépendante de la prestation du contrat,

⁷⁷⁷ Voir 王利明 WANG Liming, *op. préc.*, p.368 ; 费安玲 FEI Anling, *op. préc.*, p. 27.

⁷⁷⁸ 王泽鉴 WANG Zejian (Taiwan), *民法学说与判例研究 Recherches sur les doctrines et les jurisprudences du droit civil*, tome 8, éd. 中国政法大学出版社 Université Politique et Juridique de Chine Press, Pékin, 1998, p.120 ; pour la même observation, voir aussi, 道文 DAO Wen, *op. préc.*, p. 26.

⁷⁷⁹ 侯国跃 HOU Guoyue, *op. préc.*, p. 34.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 33.

elle n'a plus la nature contractuelle, ni le caractère accessoire. En effet, cette observation révèle une incompréhension de M. Hou sur le rapport entre la prestation du contrat et la protection de la sécurité physique et des intérêts matériels du créancier. Son explication laisse entendre qu'il n'y a pas de différences radicales entre une obligation de sécurité indépendante du contrat et le devoir général de prudence en délit. Il faut donc souligner l'existence d'un lien logique raisonnable entre la prestation du contrat et l'obligation accessoire. Ce lien signifie que le but du contrat ne peut pas être parfaitement réalisé en cas d'absence d'exécution de certaines obligations accessoires. Il existe deux circonstances dans lesquelles le débiteur doit tenir à une obligation de sécurité. D'une part, pour obtenir la prestation, le créancier est obligé de se trouver à l'endroit contrôlé par le débiteur en vue de donner la prestation, par exemple, fournir ses services ou vendre ses produits. D'autre part, même si la prestation est exécutée en dehors de l'endroit d'exploitation du débiteur, il est encore tenu d'une obligation de garantir la qualité de sécurité de sa prestation. Sinon, le créancier ne peut pas réaliser le but de contracter.

Bref, nous proposons une interprétation extensive du but du contrat dans l'intérêt du créancier, qui comporte non seulement l'obtention de la chose à donner, mais aussi la réalisation parfaite des intérêts attendus et la diminution du coût d'exécution du contrat. En pratique, un préjudice éventuel à la sécurité physique du créancier entraîne non seulement l'augmentation du coût à la charge du créancier, mais aussi l'interruption de l'exécution du contrat, l'impossibilité de la prestation ou la perte de la cause de prestation. Quelle que soit la conséquence, la réalisation du but du créancier est fortement altérée, voire anéantie. C'est la raison pour laquelle l'appréciation du but de contracter du créancier devient un fondement radical de l'interprétation sur les obligations accessoires. Selon ce fondement de fait, nous devons affirmer que le débiteur est définitivement tenu d'exécuter, d'une part, l'obligation de garantir la sécurité de l'environnement de prestation (lorsque la prestation a lieu à l'endroit contrôlé par le débiteur), d'autre part, l'obligation de garantir la sécurité de la qualité de la prestation.

⁷⁸¹ Voir 姚志明 YAO Zhiming (taiwan), *诚实信用原则和附随义务研究 Recherche du principe de bonne foi et des obligations*

Le terme « obligation accessoire » signifie que cette obligation n'est pas indépendante de la prestation du contrat. L'indépendance évoquée par certains auteurs concerne principalement le droit de saisine. Précisément, si l'exécution d'une obligation peut indépendamment devenir l'objet de saisine, cette obligation est considérée indépendante. Selon ce critère, ces auteurs ont distingué l'obligation accessoire dépendante de l'obligation accessoire indépendante⁷⁸². D'autres distinguent la prestation accessoire de l'obligation accessoire, hors la prestation principale du contrat. L'obligation accessoire peut indépendamment être saisie devant le tribunal ; mais la prestation accessoire n'a pas cet avantage à l'exception du préjudice subi par le créancier⁷⁸³. Pourtant, face à cet effort théorique, il semble vain de restreindre l'obligation accessoire à une position négative absolue, car lorsque l'environnement de l'exécution de la prestation paraît dangereux, si ce danger donne suffisamment lieu au préjudice physique du créancier, il faut affirmer que le créancier a le droit de demander devant le juge l'élimination du danger ou la résiliation du contrat en cas de refus de la part du débiteur. En effet, les obligations accessoires sont déterminées par les diverses circonstances d'exécution du contrat⁷⁸⁴. Quand l'inexécution d'une quelconque obligation accessoire menace la réalisation du but de contracter du créancier, il faut lui conférer le droit de saisine devant le tribunal. Dans ce cas-là, le juge doit avant tout considérer les circonstances d'exécution et le but des parties, mais non la nature de l'obligation accessoire.

§ 3. Fondements juridiques des obligations accessoires.

Les juristes chinois ne doutent jamais que l'établissement des obligations accessoires se fonde sur le principe de bonne foi. Ce principe n'est pas cependant suffisant pour préciser une obligation accessoire. Comment le contenu de cette obligation est-il précisé ? Avant 1999, nombre d'auteurs préconisaient que le concept général de bonne foi est un critère radical qui précise les obligations accessoires⁷⁸⁵.

accessoires, éd. 元照出版社 Yuanzhao, Taiwan, 2003, p. 63, cité par HOU Guoyue.

⁷⁸² Voir 史尚宽 SHI Shangkuan (Taiwan), *债法总论 Théorie générale du droit des obligations*, op. cit., p. 341-342 ; 费安玲 FEI Anling, op. préc., p. 27.

⁷⁸³ Voir 侯国跃 HOU Guoyue, op. préc., p. 37.

⁷⁸⁴ Voir 王利明 WANG Liming, op. préc., p. 368.

⁷⁸⁵ Voir par exemple, 张广兴 ZHANG Guangxing, op. préc., p. 165 ; 叶知年 YE Zhinian, op. préc., p. 39.

Insatisfait par cette conception abstraite, le législateur chinois a établi des règles sur les obligations accessoires dans le droit positif à partir de 1999. L'article 60, al.2 de la « Loi sur les contrats » promulguée cette année-là prévoit que « les parties contractantes doivent, selon le principe de bonne foi, exécuter les obligations d'information, d'assistance, de confidentialité et les autres obligations concernées au regard de la nature du contrat, du but du contrat et des usages de transaction ». Cet article est considéré comme la règle générale qui affirme officiellement les obligations accessoires des contractants. De plus, dans les dispositions sur les contrats spéciaux, la loi établit aussi plusieurs règles pour préciser les obligations accessoires dans diverses circonstances concrètes. Selon l'indication législative, les fondements de fait des obligations accessoires sont la nature du contrat, le but du contrat et les usages de transaction.

Cette définition législative chinoise se rapproche, par l'esprit, de l'article 1135 du Code civil français. L'expression du droit français, « à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », indique clairement que les fondements d'appréciation de toutes les suites du contrat sont l'équité, l'usage, la loi et la nature du contrat. Selon nos analyses précédentes, l'équité, l'usage et la loi confèrent effectivement aux suites d'un contrat la force obligatoire. De même, la nature du contrat et l'usage en déterminent le contenu. La comparaison de ces deux définitions issues de cultures juridiques différentes met en valeur des éléments homogènes. Par exemple, les suites d'obligation contractuelle dans le droit français comportent également les accessoires de l'obligation de prestation du contrat. Le droit chinois affirme également le rôle important de la nature du contrat et de l'usage de transaction dans l'appréciation du contenu des obligations accessoires.

Des différences apparaissent cependant. Le droit chinois souligne d'abord la considération sur le but du contrat (ou le but de contracter des parties). La signification du but ne peut pas être incluse dans la notion d'équité du droit français. En effet, le but du contrat vise à la commune intention des parties, que l'article 1134, al.1 et l'article 1156 du Code civil français privilégient. La recherche du but du contrat en droit chinois ne consiste pas cependant à découvrir les obligations convenues par les parties, mais à déterminer les suites nécessaires à la réalisation du

but du contrat. En second lieu, les législateurs de ces deux pays emploient des techniques juridiques différentes dans la rédaction des textes législatifs. Le droit français préfère établir les diverses notions fondamentales dans le texte ; le droit chinois choisit la méthode d'énumération pour préciser les catégories générales des obligations accessoires, d'une part, et réserver la possibilité de compléter des nouvelles obligations accessoires à développer. En troisième lieu, même si l'article 1134, al.3 du Code civil français établit le principe de bonne foi, la jurisprudence ne l'a toujours pas invoqué dans le traitement du litige concernant le comblement des lacunes du contrat, telle par exemple, l'obligation de sécurité. Nous pouvons donc penser que la bonne foi n'est pas encore considérée comme un principe dominant dans le droit des contrats français et que les suites du contrat sont également dirigées par d'autres fondements de droit. Cette disposition législative présente un concept juridique différent par rapport au droit chinois.

Afin de préciser les obligations accessoires, les juristes chinois soulignent la nécessité d'une appréciation d'intérêts entre les parties⁷⁸⁶, voire entre les contractants et la société⁷⁸⁷. Ils pensent que l'essence du principe de bonne foi représente une exigence d'équilibre entre les divers intérêts⁷⁸⁸. Cependant, par rapport à la notion d'équité en droit français, le principe de bonne foi désigne principalement, en droit chinois, que les parties doivent, dans l'exécution du contrat, prendre soin des intérêts raisonnablement attendus par son partenaire. Comme le pouvoir d'équilibrer les obligations contractuelles est conféré au juge, le débiteur est seulement tenu d'exécuter loyalement et parfaitement ses engagements propres en vue de la réalisation du but du contrat. En tant que norme d'action, le principe de bonne foi dirige les actes d'exécution des parties contractantes, mais non le travail du juge. En ce qui concerne la précision des obligations accessoires, l'appréciation d'intérêts que les juristes chinois préconisent est, en réalité, issue de l'exigence de la valeur d'équité. Il serait souhaitable que la valeur d'équité du droit français vienne compléter cette lacune législative et doctrinale du droit chinois.

⁷⁸⁶ Voir 侯国跃 HOU Guoyue, *op. préc.*, p. 240.

⁷⁸⁷ 史尚宽 SHI Shangkuan (Taiwan), *op. préc.*, p. 331.

⁷⁸⁸ Voir, 梁慧星 LIANG Huixing, *民法解释学* *Théorie de l'interprétation du droit civil*, éd. 中国政法大学出版社 Université politique et juridique de Chine Press, 2003, p. 303-304 ; voir aussi, 王利明 WANG Liming, *op. préc.*, p. 162.

À l'inverse, comme l'article 1135 du Code civil français consiste à indiquer qu'il existe des suites déterminées par les éléments objectifs, qui ne dépendent pas de la commune intention des parties contractantes, il ne s'agit que des obligations accessoires au regard des éléments extrinsèques. Posons-nous la question suivante : la précision des suites du contrat ne concerne-t-elle pas vraiment les éléments subjectifs des parties ? En réalité, la jurisprudence française a répondu par l'affirmative dans plusieurs jugements⁷⁸⁹. À l'occasion de la réforme du droit des contrats, nous pensons que le législateur français doit améliorer l'expression écrite de l'article 1135 du Code civil actuel, et ajouter certains éléments intrinsèques et subjectifs des contractants (par exemple le but du contrat) pour déterminer les suites d'obligations contractuelles. Malheureusement, la lecture des avant-projets de réforme publiés ne nous a pas permis de noter déjà ce changement.

L'expansion des obligations accessoires peut être considérée comme un caractère important du développement du droit contemporain des obligations. La prudence du législateur et des juristes français retarde le renouvellement du droit des obligations dans le Code civil. C'est la jurisprudence qui caractérise les orientations du droit contemporain des contrats. En Chine, le rétablissement du système juridique s'appuie sur les résultats positifs des législations et des recherches juridiques réalisées à l'étranger. En ce qui concerne les obligations accessoires, à la différence de la situation française, le législateur chinois a rapidement établi les règles légales dans les droits communs et spéciaux. Avant la promulgation de la loi sur les contrats de 1999, le législateur a affirmé l'existence de l'obligation de sécurité du transporteur dans la « Loi du chemin de fer de R. P. Chine » de 1990. L'article 58, al.1, de cette loi stipule que « si la mort ou le préjudice physique de la victime sont issus de l'accident de transport ferroviaire ou de l'accident d'exploitation ferroviaire, les entreprises de transport ou d'exploitation doivent s'engager à la responsabilité de réparation, à l'exception de la force majeure ou de la faute propre de la victime ». Cet article manifeste trois aspects radicaux de l'obligation de sécurité du transporteur : l'étendue de cette obligation comporte non seulement toute la période de transport,

⁷⁸⁹ Voir par exemple, Cass. civ., 8 mai 1933, *D.* 1933.I, p. 246. Cet arrêt ne permet pas aux juges de modifier, sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, une convention librement conclue par les parties et licite ; Voir aussi, Cass. civ., 2 avril 1947, *Gaz. Pal.* 1948.1, p. 36. Cet arrêt affirme que « si au terme de l'article 1135 du Code civil, l'équité ou l'usage doivent être pris en considération dans l'interprétation des contrats et des suites qu'ils comportent, le juge n'en saurait faire état pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés ».

mais aussi tout lieu géré et exploité par le transporteur ; la responsabilité de réparation est limitée dans le cas d'accident de transport ferroviaire ou d'exploitation ferroviaire ; enfin, l'appréciation de la responsabilité se soumet au principe de faute présumée du transporteur. Par rapport au contenu de l'obligation de sécurité déterminée par la jurisprudence française, l'étendue d'obligation du droit chinois semble plus large. Mais la source de responsabilité est plus étroite, car la mort éventuelle de victime et les préjudices physiques causés par les événements hors accidents ferroviaires ne sont pas pris en considération de réparation.

À partir de 1999, la loi chinoise sur les contrats a créé le régime du contrat nommé de transport, qui étend non seulement la source de responsabilité de sécurité pendant la période de transport, mais aussi généralise l'obligation de sécurité dans toutes les activités de transport. Selon cette loi, le transporteur est tenu à la responsabilité de réparation de toutes les conséquences mortelles ou de préjudices physiques subis par le voyageur, sauf s'il peut prouver que la cause des préjudices est issue d'un problème de santé propre au voyageur, ou d'un acte intentionnel, ou également d'une négligence grossière du voyageur⁷⁹⁰. De plus, le droit chinois établit une obligation de sauvetage au-delà de l'obligation de sécurité dans le contrat de transport⁷⁹¹. Le transporteur est tenu de secourir le mieux possible les voyageurs en cas de problèmes de santé urgents, d'accouchements ou de danger les concernant pendant le transport. Cette disposition du droit chinois ressemble à l'esprit de la jurisprudence française rendue par la Cour de cassation en 1911. Cet arrêt a, pour la première fois, affirmé que tout transporteur est tenu de conduire le voyageur sain et sauf à destination, eu égard à l'exécution du contrat de transport⁷⁹². Cependant, en matière de conditions de réparation des dommages subis par le voyageur victime, la protection prévue par le droit chinois est plus forte que celle prévue par l'article 1147 du Code civil français : le droit chinois impose au transporteur une responsabilité sans faute.

Même si la loi chinoise sur les contrats prévoit des obligations sévères de sécurité et de sauvetage pesant sur le transporteur pour une meilleure protection de

⁷⁹⁰ Voir l'article 302 de la loi sur les contrats.

⁷⁹¹ Voir l'article 301 de la loi sur les contrats.

⁷⁹² Voir, Cass. civ., 21 nov. 1911, *op. préc.*, D. 1913.1.249, note L. SARRUT.

l'intérêt du voyageur, les obligations accessoires ne sont pas précisées au même niveau dans les autres contrats spéciaux. Par ailleurs, comme le contenu des obligations accessoires est naturellement déterminé par les éléments de circonstance du contrat, une appréciation judiciaire est incontournable dans la pratique. Par exemple, l'obligation de sécurité dans des locaux de services commerciaux est établie par l'interprétation judiciaire. Dans un arrêt de 2001, M. Li a été blessé par un tiers alors qu'il dînait dans un restaurant. Il a porté plainte devant le tribunal pour obtenir réparation de la part du restaurant. Le tribunal a refusé sa demande parce que le restaurant avait exécuté son obligation de sécurité (appel à la police)⁷⁹³. De même, à des personnes qui demandaient réparation à une banque parce que l'un de leurs proches avait été tué au guichet de l'agence, la Cour supérieure de Nanchang a refusé cette demande de réparation⁷⁹⁴. Constatant ces décisions inacceptables par les victimes, la Cour suprême de Chine a enfin rendu un guide d'interprétation judiciaire⁷⁹⁵. L'article 6, al. 1^{er} de ce document prévoit que « la Cour doit favoriser les demandes de réparation des victimes ayant subi des préjudices physiques à cause de l'inexécution de l'obligation de sécurité raisonnable par les personnes naturelles, morales et les autres organes qui effectuent leur exploitation dans les domaines d'hébergement, de restauration et de divertissement ». Cependant, cette interprétation judiciaire qualifie de responsabilité de sécurité des exploitants une responsabilité délictuelle. L'obligation de sécurité devient donc non seulement contractuelle, mais aussi extra-contractuelle en droit chinois.

En France, un mouvement doctrinal de « dé-contractualisation » de l'obligation de sécurité a eu des influences fortes sur la jurisprudence à partir du début des années 1980⁷⁹⁶. Envisageant la possibilité de concurrence entre les responsabilités contractuelle et délictuelle résultant d'un même préjudice, les droits français et chinois établissent tous les deux la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Cependant, le droit français privilégie l'application de la responsabilité contractuelle ; le droit chinois confère le pouvoir déterminant à la

⁷⁹³ Voir 韩晓飞 HAN Xiaofei (juge du fond au tribunal de Men Tou Gou de Pékin), *论第三人侵权时特定场所经营者的保护义务* L'obligation de sécurité de certain endroit d'exploitation au moment d'un délit par tiers, in *民商法理论与审判实务研究* Recherches de la théorie du droit civil et commercial et de la pratique judiciaire, sous dir. 万鄂相 WAN Exiang, éd. 人民法院出版社 Cour populaire Presse, Pékin, 2004, p. 375 et 382.

⁷⁹⁴ Voir Journal *南方周末* *Le week-end du sud*, 21 juin 2001, p. 5, cité par 侯国跃 HOU Guoyue, *op. préc.*, p. 7.

⁷⁹⁵ 最高人民法院 Cour suprême de Chine, *关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释* *Interprétation sur les problèmes d'application des lois dans les litiges de réparation des préjudices physiques*, *法释* Fashi [2003] n°20, 28 déc. 2003.

⁷⁹⁶ Voir P. JOURDAIN, art. préc., in *Gaz. Pal.*, 1997 (2^e sem.), p. 1200 ; G. VINEY, art. cit., in *Gaz. Pal.*, 1997 (2^e sem.), p. 1213 et 1217.

victime. Selon l'article 122 de la loi sur les contrats, « lorsque les préjudices de sécurité physique et d'intérêts matériels sont causés par un fait d'inexécution du contrat, les victimes ont le droit de choisir le remède de responsabilité contractuelle prévue par cette loi, ou le remède de responsabilité délictuelle prévue par les autres lois ».

Le comblement des lacunes contractuelles par le juge constitue une interprétation constructive du contrat. Cependant, lorsqu'un contrat comporte certaines clauses qui augmentent excessivement les pouvoirs de l'une des parties et diminuent brutalement les droits de l'autre, le juge peut-il effectuer une interprétation corrective du contrat ?

TITRE II : CORRECTION JUDICIAIRE DU CONTRAT PAR L'INTERPRETATION

La correction du contrat, n'étant pas devenue une notion juridique, apparaît isolée dans la doctrine par rapport à ses corollaires que sont la révision, la modification et l'adaptation des contrats qui, elles, sont habituellement employées dans les multiples ouvrages de droit. Au sens commun, le terme « correction » désigne une « action de corriger, de changer **en mieux**, de ramener **à la règle**⁷⁹⁷ ». Selon cette définition, la correction implique d'abord la préexistence d'un défaut. Le but de l'action de corriger consiste soit à effacer ce défaut, soit à l'améliorer au regard de la règle. Or, la révision, la modification et l'adaptation semblent plus neutres et plus instrumentales. Au moins en apparence, elles manquent d'une certaine orientation que la signification de la correction comporte en elle-même.

M. G. Piette a essayé de construire une théorie générale de la correction du contrat⁷⁹⁸. Il a pensé que « la correction du contrat se révèle très large⁷⁹⁹ », et que « la révision est une forme de correction, (...) En d'autres termes, la révision se fond[e] dans la correction⁸⁰⁰ ». Cette compréhension de la correction du contrat est théoriquement acceptable, car ce terme ne peut pas se limiter, dans une certaine mesure, à un remède unique face à divers inconvénients, incohérences ou injustices dans le contrat. En ce sens, la modification et l'adaptation du contrat se fondent aussi dans la correction du contrat.

Pourtant, il est discutable que M. Piette fonde totalement la correction du contrat sur la recherche de l'équilibre contractuel. Cette vision restreint évidemment l'étendue de la correction du contrat. En fait, l'exigence d'équilibre contractuel repose sur la nécessité de modérer l'excès dans le contrat venant de l'abus du pouvoir contractuel ou de l'imprévision des contractants. Or, tant la correction que la révision, la modification ou l'adaptation, elles visent non seulement aux déséquilibres

⁷⁹⁷ Voir *Le Grand Robert : dictionnaire de la langue française*, terme « correction », t. II, 1992.

⁷⁹⁸ Voir G. PIETTE, *La correction du contrat*, vol. 2, éd. PUAM, 2004.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, n° 11.

contractuels, mais également à d'autres irrégularités. Par exemple, le moyen de délivrance convenu par les parties concerne un domaine interdit par la loi. En ce cas, le juge peut simplement annoncer que la clause concernée est réputée non écrite, ou bien imposer, sous condition de l'échec de la renégociation des parties, un moyen normal de délivrance au débiteur.

Par ailleurs, la correction possède naturellement une fonction d'amélioration des défauts du contrat. Cette fonction est destinée à sauvegarder la pérennité du contrat, mais non à l'anéantir. Il ne faut donc pas confondre la correction avec l'annulation entière ou la résolution totale du contrat. Comme l'a indiqué M. D. Mazeaud, la révision du contrat consiste à sanctionner les irrégularités et les inéquités du contenu du contrat, et également à remédier aux intérêts sociaux et individuels⁸⁰¹. Ce point de vue révèle également la nature juridique de la correction du contrat. En effet, la correction du contrat ne concerne qu'une modification partielle du contenu du contrat. Elle comporte logiquement l'affirmation d'une nullité partielle et la révision de certaines obligations contractuelles.

La correction judiciaire du contrat est distincte de celles opérées par les contractants ou par le législateur. Elle est caractérisée par l'intervention du juge dans le contrat ; les corrections des contractants sont marquées par la renégociation des parties ; la correction législative dépend des dispositions impératives de la loi. Pour réaliser une correction juste, l'intensité d'intervention du juge est nuancée. Un auteur a pensé que les révisions initiales du juge sont différentes de l'aménagement législatif que le juge applique simplement⁸⁰². Cette distinction est intéressante, car, même si toutes les activités judiciaires doivent avoir des fondements textuels législatifs, le juge est toutefois autonome en matière d'interprétation du fait contractuel, des notions juridiques et des règles légales abstraites. Notamment en cas de silence du texte légal, le juge doit, par interprétation initiale, créer un lien raisonnable entre l'esprit du droit et le fait du contrat. Cette opération judiciaire est caractérisée par un raisonnement intellectuel destiné à parvenir à une qualification exacte.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, n° 10, p. 25, note 58.

⁸⁰¹ Voir D. MAZEAUD, La révision du contrat, *LPA* 30 juin 2005, n° 129, p. 4 et s.

⁸⁰² F. CHERIGNY, *La révision judiciaire des conventions en droit privé français*, thèse Poitiers, 1994, p. 110 et p.316.

En doctrine, la correction du contrat ne manque pas de controverses. La théorie classique du droit des contrats refuse que le juge possède le pouvoir de réviser le contenu d'un contrat convenu par les contractants. M. A. Ghazi a défini la modification du contrat « 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 contractuel⁸⁰³ ». Cette définition repose sans doute sur le concept de l'autonomie de la volonté. Or, la doctrine contemporaine préconise, au regard de l'évolution contemporaine de la jurisprudence française, l'intervention correctrice du juge dans le rapport contractuel. Pour comprendre l'intérêt et la portée de ce changement, il est nécessaire de rechercher les fondements théoriques de la correction judiciaire du contrat (Chapitre 1), puis d'en analyser ses fondements légaux (Chapitre 2).

⁸⁰³ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préf. de D. Tallon, éd. LGDJ, 1980, n°13, p. 4.

Chapitre I. Fondements théoriques de la correction judiciaire du contrat

Dogme rigide de l'intangibilité du contrat en droit français. – Selon la conception classique de l'autonomie de la volonté, le contrat est le fruit de volontés communes des contractants, et les parties ont naturellement le pouvoir de modifier de façon conventionnelle tous les éléments du contrat à tout moment. Or, « le contrat ne saurait être modifié ni par la loi, ni par le juge⁸⁰⁴ ». Le Code Napoléon de 1804 a été sans aucun doute influencé par cette conception. L'esprit du libéralisme contractuel apparaît dans tous les chapitres de ce Code. Cependant, les rédacteurs du Code civil ont en effet tempéré certains excès d'autonomie absolue de la volonté, en affirmant l'autorité du législateur dans la vie du contrat⁸⁰⁵. Par contre, le droit positif interdit en principe l'intervention du juge dans le contrat. Comme le rappelle M^{me} M. Fabre-Magnan, « le juge n'a donc pas en principe à intervenir dans le contrat, ni au moment de la formation pour imposer des clauses non prévues, ni au cours de l'exécution pour en modifier le contenu⁸⁰⁶ ». Cette conception de l'intangibilité du contrat trouve son origine dans l'exégèse de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil. Ce célèbre article énonce que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, plusieurs décisions de la Cour de cassation française ont affirmé et renforcé le dogme de l'intangibilité du contrat. La haute juridiction a d'abord pensé qu'une clause résolutoire du contrat librement et légalement formée par les parties impose au juge une application simple, quelles que soient les conséquences négatives excessives pour le débiteur⁸⁰⁷. Puis, l'arrêt du 15 avril de 1872 sur la dénaturation des termes clairs et précis d'une convention, précité dans le chapitre précédent, a effectivement renforcé l'obéissance du juge à la loi contractuelle rédigée par les parties, en interdisant une modification des stipulations

⁸⁰⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. préc.*, n° 462, p. 465.

⁸⁰⁵ Art. 1134, al. 2 prévoit qu'« elles [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁸⁰⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations (I)*, Thémis droit, éd. Puf, 2008, p. 470.

que la convention renferme⁸⁰⁸. Enfin, l'arrêt Canal de Craponne est un exemple typique fréquemment cité par les juristes, car il consacre fermement l'intangibilité absolue des clauses contractuelles librement conclues par les parties⁸⁰⁹. De plus, la haute juridiction interdit, même, au contrat, une modification fondée sur l'équité prévue par l'article 1135 du Code civil⁸¹⁰. Désormais, cette position de la Cour de cassation est fidèlement suivie par nombreux arrêts⁸¹¹.

Le principe de l'intangibilité du contrat créé par la jurisprudence obtient également le soutien de la doctrine. Selon L. Larombière, ancien président de chambre à la Cour de cassation, « ce n'est pas la loi qui crée l'obligation qui en résulte ; elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent, parce qu'ils en ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils en ont le pouvoir. Alors la convention leur tient lieu de loi⁸¹² ». M. C. Bufnoir estime que « s'il s'élève un procès à l'occasion d'une convention, les tribunaux, après avoir constaté que cette convention est légalement formée, ne peuvent que reconnaître et faire sanctionner les clauses qui la constituent, sans avoir le droit de les modifier, sous prétexte par exemple d'équité⁸¹³ ».

Pourtant, le principe de l'intangibilité du contrat correspond de plus en plus difficilement à l'évolution contemporaine du droit des contrats. Malgré l'hésitation du législateur à faire évoluer le droit commun des contrats, les droits spéciaux et la

⁸⁰⁷ Cass. civ., 2 juillet 1860, *DP* 1860, 1, p. 284. Cet arrêt a clairement affirmé qu'« il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

⁸⁰⁸ Voir *supra* note 5.

⁸⁰⁹ Cass. civ., 6 mars 1876, *D.* 76. 1. 193, note GIBOULOT. Selon cet arrêt, « les règles que consacre l'article 1134 du Code civil étant générales et absolues et régissant notamment les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont été librement acceptées par les cocontractants ».

⁸¹⁰ Cass. civ., 6 juin 1921, *DP* 1921. 1. 73, rapp. A. COLIN. Cet arrêt affirme que « lorsque les conventions sont claires et précises, aucune considération d'équité n'autorise le juge à modifier, sous prétexte de les interpréter, les stipulations qu'elles renferment ».

⁸¹¹ Voir ex : Cass. civ., 8 mai 1933, *D.* 1933.I, p. 246 ; Cass. com., 18 janv. 1950, *D.* 1950.277 ; Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 1961, *Bull. civ.* I, n° 34 ; Cass. com., 18 déc. 1979, *Bull. civ.*, IV, n° 339.

⁸¹² L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire du titres III et IV du livre III du Code Napoléon, art. 1101 à 1386*, éd. Durant & Pédone-Lauriel, t. 7, 1885, art. 1370, n° 2, p. 390.

⁸¹³ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat : théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, éd. A. Rousseau, 1900, p. 744.

jurisprudence ont manifesté une certaine flexibilité à l'épreuve du changement fondamental de la situation économique et sociale.

Flexibilisation contemporaine du dogme juridique classique. – Selon le principe de l'intangibilité du contrat, le juge doit se soumettre à la loi particulière créée par les parties. Une fois que le contrat est légalement formé, les obligations convenues doivent être impérativement exécutées par les parties. À l'inverse, si la formation du contrat est défectueuse, le contrat sera totalement annulé. Cette double fin du contrat est justement une conséquence de l'application du dogme d'intangibilité. Lorsque l'exécution d'une obligation initiale du contrat devient très difficile ou impossible dans certaines circonstances, donner au créancier la réparation, les dommages-intérêts ou certains montants pénalisés (en vertu de la clause pénale) ne peut souvent indemniser le préjudice indirect subi par le créancier à cause de l'anéantissement du lien contractuel entre les parties. En effet, l'activité économique exercée par les contractants est annihilée, et la collaboration entre les parties est interrompue.

En réalité, la diversité des circonstances de formation et d'exécution du contrat ne rime pas avec la rigidité de l'intangibilité du contrat. D'une part, l'intangibilité du contrat perd son intérêt en cas d'impossibilité d'exécution du contrat, même si cette circonstance n'est issue ni d'une erreur sur l'identité de l'objet ni d'une force majeure, mais d'une mauvaise exploitation du débiteur après la conclusion du contrat. D'autre part, lorsque l'intangibilité du contrat est sauvegardée au prix du préjudice injuste au débiteur ou de la défaillance de l'entreprise qui peut provoquer une crise de l'emploi en chaîne, ce dogme oppose la liberté contractuelle à la justice sociale. Probablement, les volontaristes n'acceptent pas l'existence d'un préjudice injuste du débiteur dans le contrat librement convenu par les parties. Mais, envisageant les déséquilibres manifestement excessifs entre les droits et les obligations des parties, on ne peut cependant pas ignorer l'existence d'un abus de puissance économique ou de dépendance économique. Or, le dogme de l'intangibilité du contrat, qui embrasse fermement le postulat : « Qui dit contractuel, dit juste⁸¹⁴ », devient aujourd'hui artificiel et hypocrite.

⁸¹⁴ A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, éd. Hachette, 1880, cite par GOUNOT, *op. préc.*, p. 73. Même si Ch. JAMIN a clarifié la position véritable du point de vue de Fouillée qui doit se trouver plutôt dans le solidarisme que dans le libéralisme (*Quelle nouvelle crise du contrat ?*, in coll. La nouvelle crise du contrat, sous dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD,

Afin de trouver une solution raisonnable, la doctrine française contemporaine cherche à interpréter à nouveau l'article 1134 du Code civil. Cet essai présente une double orientation. D'une part, certains auteurs effectuent une recherche archéologique juridique destinée à retrouver l'esprit originel de la pensée des juristes classiques⁸¹⁵ (Section 1). D'autre part, de nombreux auteurs contemporains se concentrent sur la recherche du sens réaliste de l'article 1134 du Code civil (Section 2).

Section 1. Clarté du sens originel de l'article 1134 du Code civil

Aucune interprétation doctrinale sur le sens originel de l'article 1134 n'apparaît parfaitement convaincante. Pourtant, les travaux sur ce thème ne sont pas vains. Le fruit de la recherche sur les documents classiques ébranle effectivement la base conceptuelle du principe de l'intangibilité du contrat. Il indique également que la fidélité des juridictions judiciaires d'aujourd'hui à ce dogme « paraît anachronique et néfaste⁸¹⁶ ». Avec mérite, M. J.-P. Chazal a réalisé, sur le plan sémantique et historique, une analyse profonde du mot « loi » à travers les pensées juridiques classiques qui constituaient le contexte de la codification du droit civil français. Son travail présente au moins deux observations remarquables. En premier lieu, « la convention n'est pas véritablement une loi ». L'article 1134, alinéa 1, du Code civil n'est qu'une métaphore symbolique destinée à « conférer à la convention la même force que celle dont la loi est dotée⁸¹⁷ ». Mais cette force doit provenir de la raison

éd. Dalloz, 2003, p. 12, note 19), cette fameuse affirmation tranchée et extraite est en réalité devenue une expression propre du concept volontariste ; Voir aussi E. KANT, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit...*, éd. A. Durant, 1853, trad. par Julies BARNI, cité par GOUNOT, *op. préc.*, p. 78-79, disant que « quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice ; mais toute injustice est impossible quand il décide pour lui-même ».

⁸¹⁵ Voir J.-P. CHAZAL, De la signification du mot dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil, *RTD civ.*, 2001, p.265-283 ; Ch. JAMIN, Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, *D.* 2002, p. 901-904 ; L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur l'habilitation du législateur*, préf. M. GOBERT, éd. LGDJ, 2004, n° 66 – n° 82 ; G. ROUHETTE, *La force obligatoire du contrat – rapport français*, dans le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise, sous la dir. D. TALLON et D. HARRIS, LGDJ, 1987, p. 27-55 ; X. MARTIN, Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France, *Bull. soc. fr. histoire des idées et l'histoire religieuse*, vol. 3, 1986, p. 37-85.

⁸¹⁶ Ch. JAMIN, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Droit & Patrimoine*, n°58, mars 1998, p. 48.

⁸¹⁷ J.-P. CHAZAL, *art. op. préc.*, n° 2, p. 266.

humaine qui réside dans la conception du droit naturel. La contrainte de la convention existe seulement en dehors des obligations convenues, ne participant pas « de l'essence de la loi⁸¹⁸ ». En second lieu, la raison humaine représente un respect au droit qui « se définit comme l'œuvre de justice⁸¹⁹ ». M. Chazal conclut que « les conventions sont obligatoires, non pas tant parce qu'elles ont été voulues, mais parce qu'elles sont justes ou présumées telles⁸²⁰ ».

Chez M. Chazal, la force obligatoire du contrat comporte deux aspects : le premier désigne une force mentale et morale qui conduit les contractants à spontanément respecter leurs promesses ; le second est défini comme une contrainte extrinsèque et objective par la puissance publique. En fait, la doctrine contemporaine du droit n'accorde la force obligatoire qu'au second. Il est donc nécessaire de réfléchir à l'intérêt du premier aspect. Entre la peur d'une sanction et la confiance en la raison humaine, quelle conscience conduit définitivement les parties à exécuter leurs obligations contractuelles ? Peut-être est-ce les deux dans certains cas, mais la raison humaine est sans doute la principale, car les activités de transaction sont naturellement spontanées et normalement conduites par les avantages attendus, non par la contrainte de la peur. Ici, le mot « confiance » présente des nuances. Avoir confiance en la raison humaine est distinct de la confiance que l'on accorde à la promesse ou au consentement du cocontractant. La confiance en la parole de son partenaire signifie seulement que le cocontractant a des crédits personnels pour l'exécution de la convention. Or, la confiance en la raison humaine désigne non seulement que le cocontractant peut rationnellement donner et respecter la parole donnée, mais aussi principalement que le contrat juste peut être loyalement exécuté par les deux parties. Cette confiance constitue une force mentale intrinsèque de l'homme pour laquelle l'exécution du contrat n'est plus considérée comme une action passive sous la contrainte extrinsèque, mais comme un comportement actif et spontané. **Lorsque la confiance des contractants est liée à une raison de justice, la volonté individuelle ne s'oppose plus à la loi et à la fonction du juge dans le domaine du contrat. Une loi injuste n'est pas une loi⁸²¹. Une convention injuste**

⁸¹⁸ *Ibid, op. cit.*, p. n° 12 et n° 14, p. 274 et 276.

⁸¹⁹ *Ibid, op. cit.*, n° 17, p. 277.

⁸²⁰ *Ibid, op. cit.*, n° 22, p. 282.

⁸²¹ Th. d'AQUIN, *Somme théologique*, partie II, éd. Desclée & Cie, trad. fr., 1925, I, II, Q. 95, art. 2.

n'a pas alors la force obligatoire. L'intangibilité du contrat provient d'un présupposé : le contrat légalement formé représente la raison de justice des parties. Si ce présupposé est prouvé faux, le contrat doit être corrigé ou annulé. La contrainte extrinsèque par la puissance publique est une garantie non seulement de la sauvegarde de la justice, mais aussi du rétablissement de celle-ci. Le remède juridique se fonde également sur une raison humaine. C'est la raison de justice qui confère la légitimité à cette contrainte. Autrement dit, **toutes les interventions de la puissance publique, tant législative que judiciaire, consistent essentiellement à sauver la justice.** À cet égard, la conclusion de M. J. Ghestin est brillante : « le contrat n'est obligatoire que s'il est juste⁸²² ».

Section 2. Solidarisme contractuel : une nouvelle idéologie contractuelle

À propos de la recherche du sens réaliste de l'article 1134 du Code civil, les travaux des auteurs consistent à découvrir, à affirmer et même à créer de nouvelles devises du droit des contrats d'aujourd'hui⁸²³. Malgré l'existence de controverses, une doctrine solidariste contractuelle manifeste très fortement son influence sur l'idéologie contemporaine du droit des contrats. Le solidarisme contractuel obtient en effet son orientation sur le fondement du principe de bonne foi consacré dans le droit positif. S'inspirant de la théorie de solidarité de la sociologie⁸²⁴ et empruntant l'expression « solidarisme » de la science politique⁸²⁵, il cherche à interpréter à nouveau la relation contractuelle sous la compréhension d'une union d'intérêts des parties et à établir la primauté d'un devoir de collaboration dans lequel s'installent les nouvelles obligations contractuelles : de loyauté, d'égalité, de cohérence et de coopération, etc. Sur le plan de l'instrument de contrôle, cette doctrine favorise l'intervention accrue du juge dans les contrats afin de corriger les déséquilibres

⁸²² J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, *Chron.* p. 5.

⁸²³ Voir, par ex. : D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, Mélanges offerts à F. TERRE, éd. Dalloz, Puf et J.-C., 1999, p. 603-634 ; La réduction des obligations contractuelles, *Droit & Patrimoine*, n°58, mars 1998, p. 58-68 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation des contrats*, *RTD civ.* 1997, p. 357-385 ; Ch. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, *op. préc.*, p. 46-57 ; *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, *op. préc.*, p. 905-907 ; L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur l'habilitation du législateur*, *op. préc.*, n° 83 – n° 101 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, éd. LGDJ, t. 208, préf. G. COUTURIER, 1989.

⁸²⁴ Voir E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 11^e éd. Puf (1^{re} édition en 1893), coll. Guadrigue, 1986.

⁸²⁵ Voir L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, éd. Armand Colin, 1896 ; C. BOUGLE, *Solidarisme et libéralisme : réflexions sur le mouvement politique et l'éducation morale*, éd. E. Cornély, 1905.

contractuels excessifs et abusifs, et d'éviter l'exclusion sociale au sens humaniste ou l'exclusion du marché dans un sens économique. Selon certains auteurs, le solidarisme contractuel est constitué de deux branches doctrinales différentes : le courant d'inspiration sociale et le courant d'inspiration morale⁸²⁶.

§ 1. Deux courants d'inspiration différente et leur essence identique

Le courant d'inspiration sociale, représenté particulièrement par la doctrine de M. Christophe Jamin, préconise « la primauté du social sur les purs agissements des individus⁸²⁷ ». Il pense que l'utilité sociale du contrat est la cause des engagements des contractants⁸²⁸. L'idée de ce courant provient d'une compréhension du lien contractuel qui ne repose pas sur un contrat social réellement consenti par tous les citoyens, mais repose sur un « quasi-contrat » établi par le législateur⁸²⁹ et destiné à « placer le fait social avant l'engagement conventionnel⁸³⁰ ». Le respect de ce fait social, qui représente une relation de dépendance mutuelle déterminée par la division du travail social⁸³¹, l'emporte donc sur celui de la parole donnée des individus. Par conséquent, dans le concept du solidarisme contractuel, il n'est pas suffisant pour le juge d'effectuer seulement « un contrôle a posteriori et à la marge du contrat⁸³² ». Il lui faut avoir une intervention active afin de sauvegarder l'ordre social ou économique menacé par l'excès individualiste. Cette intervention de contrôle repose plutôt sur le fait objectif déséquilibré et injuste. En même temps, dans le courant d'inspiration sociale, la protection du faible contractant n'est pas issue de la posture morale, mais « d'un point de vue strictement économique » destiné à sauver fonctionnellement la liberté de volonté d'« une partie réputée ou prétendue faible⁸³³ ». Sur le plan des fondements juridiques, ce courant affirme « une tentative (législative et judiciaire) de renversement du centre de gravité de l'article 1134 (du Code civil),

⁸²⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, note D. 2002, n° 24, p. 1979; Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges P. DIDIER, éd. Economica, Paris, 2008, p. 248. Par ailleurs, voir C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, thèse Université de Paris II, 2005, n° 477, p. 315, cet auteur qualifie la distinction durable du solidarisme contractuel comme pessimiste et optimiste.

⁸²⁷ Ch. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, op. préc.*, p. 907.

⁸²⁸ Ch. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, Mélanges J. GHESTIN, éd. LGDJ, 2001, p. 441.

⁸²⁹ Ch. JAMIN, Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, in *Le solidarisme contractuel*, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, éd. Economica, 2004, n° 2, p. 160-161.

⁸³⁰ Ch. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, op. préc.*, p. 442.

⁸³¹ Ch. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, op. préc.*, p. 905.

⁸³² Ch. JAMIN, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *op. préc.*, p. 56 et 49.

qui le ferait passer de l'alinéa 1^{er} à l'alinéa 3⁸³⁴ » et cherche à la promouvoir. Comme le dit M. Jamin, « si la force obligatoire du contrat était le garant de la bonne foi au moment de la discussion du Code civil, la bonne foi m'apparaît aujourd'hui être le garant de cette force obligatoire⁸³⁵ ».

Le courant d'inspiration morale du solidarisme contractuel, représenté particulièrement par la doctrine de M. Denis Mazeaud, repose essentiellement sur une éthique contractuelle distincte de l'individualisme contractuel. Exactement, c'est un courant d'éthique contractuelle. Il s'agit de « penser le contrat autrement⁸³⁶ » en tant que « creuset de l'intérêt commun des parties⁸³⁷ » et de « lieu "civilisé" »⁸³⁸ où chaque contractant doit prendre en considération et respecter les intérêts légitimes de son partenaire⁸³⁹. Les promoteurs de ce courant fixent le domaine de prédilection du solidarisme contractuel dans les relations contractuelles de dépendance⁸⁴⁰. Différentes de la relation générale de dépendance mutuelle entre les contractants indiquée par le courant d'inspiration sociale, les relations contractuelles de dépendance visées par le courant d'éthique contractuelle désignent certaines catégories des contrats dont « l'inégalité des pouvoirs contractuels des parties sont des réalités indiscutables⁸⁴¹ ». Par ailleurs, selon le concept de civisme contractuel, le courant préconise une intervention de « contrôle plus dynamique et subjectif⁸⁴² » du juge. Cependant, ce contrôle doit se limiter aux circonstances des « déséquilibres contractuels excessifs et abusifs⁸⁴³ ». Il semble que ce contrôle se caractérise principalement par une exigence éthique et fonctionne seulement à la marge de la démarche du contrat. Un auteur affirme donc que « ce qui singularise ce solidarisme-là de l'approche classique du contrat est une différence de degré plus que de nature⁸⁴⁴ ». Quand aux fondements juridiques, le courant d'éthique contractuelle se distingue du renversement du centre

⁸³³ *Ibid*, p. 52.

⁸³⁴ *Ibid*, p. 49.

⁸³⁵ *Ibid*, p. 49-50.

⁸³⁶ D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. préc.*, p. 632.

⁸³⁷ *Ibid*, p. 609.

⁸³⁸ A. BENABENT, *Droit civil : Les obligations*, éd. Montchrestien, 1997, p. 300, cité par D. MAZEAUD, *art. op. cit.*, n° 8, p. 609.

⁸³⁹ Voir, D. MAZEAUD, Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in *Le solidarisme contractuel*, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, éd. Economica, 2004, p. 58-59.

⁸⁴⁰ *Eod. loc.*, p. 59.

⁸⁴¹ *Eod. loc.*

⁸⁴² *Eod. loc.*

⁸⁴³ D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. préc.*, p. 633.

⁸⁴⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, note D. 2002, n° 24, p. 1979.

de gravité de l'article 1134 du Code civil préconisé par le courant d'inspiration sociale et met l'effet de l'article 1134, alinéa 3, à un rang égal de celui de l'article 1134, alinéa 1^{er}⁸⁴⁵.

Pourtant, les différences apparentes de ces deux courants du solidarisme contractuel ne sont pas essentielles. Elles ne reflètent, en effet, que la diversité des aspects de recherche, des orientations concrètes d'observation et des préférences scientifiques des militants de cette idéologie contractuelle. Le courant d'inspiration sociale ne refuse pas l'éthique contractuelle. Il veut justement ajouter les considérations de l'efficacité économique⁸⁴⁶ et éviter une vision purement sentimentale⁸⁴⁷ dans le traitement du litige contractuel. L'altruisme, en tant que base fondamentale de la vie sociale, préconisé par ce courant, est sans doute l'un des meilleurs exemples par lequel « toute société est une société morale⁸⁴⁸ », car « les hommes ne peuvent vivre ensemble sans s'entendre et, par conséquent, sans se faire des sacrifices mutuels, sans se lier aux autres de manière forte et durable⁸⁴⁹ ». De l'autre côté, le courant d'éthique contractuelle ne refuse pas la primauté sociale dans le champ contractuel. Il accepte également l'initiative de Demogue : « les contrats forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme (ou davantage) des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer une certaine union⁸⁵⁰ ». En réalité, le concept du civisme contractuel, qui se trouve au cœur du courant d'éthique contractuelle, se forme par analogie avec la société civile ou la société des citoyens. De plus, le courant d'éthique contractuelle soutient la révision du contrat lorsque la continuation de l'exécution des engagements risque de donner lieu aux conséquences d'exclusion sociale⁸⁵¹. Par ailleurs, même si l'expression « renversement d[u] fondement⁸⁵² » de la force obligatoire du contrat semble un peu radicale, le courant d'inspiration sociale cherche en effet à établir une

⁸⁴⁵ D. MAZEAUD, *eod. loc.*

⁸⁴⁶ Ch. JAMIN, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *op. préc.*, p. 57.

⁸⁴⁷ Ch. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, *op. préc.*, p. 442 et 471.

⁸⁴⁸ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. préc.*, p. 207, cit. par Ch. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, *op. préc.*, p. 905, note 48.

⁸⁴⁹ *Eod. loc.*

⁸⁵⁰ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, éd. A. Rousseau, t. 6, 1931, n° 3, cit. par D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. préc.*, p. 617, note 2.

⁸⁵¹ D. MAZEAUD, La réduction des obligations contractuelles, *Droit & Patrimoine*, n° 58, mars 1998, p. 66-68.

nouvelle philosophie contractuelle qui, par « compromis entre l'individualisme décrié et le redouté collectivisme⁸⁵³ », se situe « à mi-chemin entre une conception dirigiste et une vision purement libérale du contrat⁸⁵⁴ ». Cette troisième voie est justement ce que vise le courant d'éthique contractuelle avec une déclaration militante : « voie médiane entre un libéralisme sauvage et béat et un socialisme dirigiste et bigot⁸⁵⁵ ».

En ce qui concerne l'intensité de contrôle du contrat, malgré la différence entre ces deux courants du solidarisme contractuel, l'intervention du juge reste techniquement toujours à la marge de la négociation et de l'exécution du contrat ; mais, théoriquement, l'idéologie du solidarisme contractuel a déjà touché le cœur de l'individualisme contractuel sur lequel de nombreux juristes ont coutume de fonder leur doctrine. Quand Carbonnier s'interroge sur les sortes de « gens qui croient encore à l'intangibilité du contrat et la respectent⁸⁵⁶ », il semble, comme le dit M. Ph. Rémy, que « le 'solidarisme contractuel' s'est, sur ce point, battu contre un moulin à vent qu'il avait fabriqué lui-même⁸⁵⁷ ». Pourtant, cette vision optimiste ne peut pas expliquer les résistances fortes, voire virulentes, que le solidarisme contractuel subit dans la doctrine juridique contemporaine. Certains auteurs, qui définissant la nature humaine comme égoïste⁸⁵⁸, préconisent que « les parties doivent assumer les risques de leur contrat⁸⁵⁹ », parce qu'« elles contractent librement et qu'on leur a donné les moyens de défendre leur intérêt⁸⁶⁰ », parce que « le droit doit aussi susciter l'effort humain⁸⁶¹ ». C'est justement un pur libéralisme contractuel contemporain, plus exactement un individualisme typique en droit des contrats. Il vit encore bien aujourd'hui ! L'idéologie de l'individualisme contractuel est hostile à l'idéologie commune des courants du solidarisme contractuel. Cette opposition a pour cause fondamentale que l'individualisme contractuel n'accepte aucune intervention du juge dans la relation contractuelle incitée par les courants différents du solidarisme

⁸⁵² Ch. JAMIN, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *op. préc.*, p. 49.

⁸⁵³ L. GRYNBAUM, La notion de solidarisme contractuel, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, in *Le solidarisme contractuel*, éd. Economica, 2004, p. 38.

⁸⁵⁴ Ch. JAMIN, *eod. loc.*, p. 56. Voir aussi, cet auteur, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, *op. préc.*, p. 445.

⁸⁵⁵ D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. préc.*, p. 608.

⁸⁵⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les obligations*, *op. préc.*, p. 228.

⁸⁵⁷ Ph. REMY, La genèse du solidarisme, in *Le solidarisme contractuel*, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, éd. Economica, 2004, p. 10.

⁸⁵⁸ Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges P. DIDIER, *op. préc.*, p. 254.

⁸⁵⁹ Y. LEQUETTE, *eod. loc.*, p. 268.

⁸⁶⁰ *Eod. loc.*

⁸⁶¹ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, thèse Paris II, 2006, p. 233, cit. par Y. LEQUETTE, *eod. loc.*, p. 267.

contractuel, ni à la marge, ni au cœur du contrat. En effet, les deux courants du solidarisme contractuel ont pour objectif de réaliser une certaine flexibilité du principe de l'intangibilité du contrat dans la pratique judiciaire⁸⁶².

Ignorant toutes les explications des militants du solidarisme contractuel, les critiques doctrinales sont multiples. Il s'agit non seulement de la pensée initiale du solidarisme contractuel⁸⁶³, de la pertinence de l'utilisation des mots-clés⁸⁶⁴, de la légitimité des fondements anthropologique et sociologique⁸⁶⁵, mais aussi de l'esprit des articles classiques du Code civil⁸⁶⁶, de la situation réelle de la jurisprudence⁸⁶⁷, voire de la méthode de recherche des tenants solidaristes⁸⁶⁸ et de leurs activités scientifiques corrélatives⁸⁶⁹. Malgré des critiques variées, deux questions fondamentales, semble-t-il, déterminent la légitimité et la nécessité de l'existence du solidarisme contractuel : le solidarisme contractuel menace-t-il le droit de l'homme de porter attention à ses intérêts propres et exonère-t-il l'homme du devoir de défendre ses intérêts propres ? Le solidarisme contractuel détruit-il la prévisibilité du contrat et entraîne-t-il l'insécurité juridique ?

§ 2. Le solidarisme contractuel et le respect de la nature humaine

Afin de répondre à la première question, nous devons aborder une affirmation des faits fondamentaux, car les tenants du solidarisme contractuel soulignent que cette nouvelle idéologie se conforme au moins à la réalité contemporaine des

⁸⁶² Voir D. MAZEAUD, La réduction des obligations contractuelles, *op. préc.*, p. 66, selon cet auteur, « simplement, il faut admettre qu'intangibilité ne rime point avec rigidité et s'accommode d'une certaine flexibilité. » ; Ch. JAMIN, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *op. préc.*, p. 57, cet auteur pense que « le concept de solidarisme contractuel me paraît devoir assurer une plus grande souplesse d'exécution du contrat lorsque celui-ci est conclu pour une longue durée ... ».

⁸⁶³ Voir Ph. REMY, *op. loc. préc.*, p. 3-11.

⁸⁶⁴ Voir L. LEVENEUR, Le solidarisme contractuel : un mythe, in *Le solidarisme contractuel*, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, éd. Economica, 2004, p. 175-176 ; Y. LEQUETTE, *art. op. préc.*, n° 8, n° 9 et n° 11, p. 252-253 et 257 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2^e éd. Defrénois, 2005, n° 751, p. 358.

⁸⁶⁵ Voir M. MIGNON, De la solidarité générale et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ?, *RRJ* 2004, n° 39 et n° 40, p. 2177 ; Y. LEQUETTE, *eod. loc.*, n° 10, n° 12, n° 13, n° 15, n° 20, n° 21, n° 33-n° 36 ; J. CARBONNIER, *Droit civil : Les obligations*, *op. préc.*, p. 227, indiquant qu'« 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 ».

⁸⁶⁶ Voir Ph. REMY, *op. loc. préc.*, p. 10.

⁸⁶⁷ Voir L. LEVENEUR, *art. op. préc.*, n° 7, p. 170-171 ; Y. LEQUETTE, *eod. loc.*, n° 24 – n° 28 ; D. COHEN, *La bonne foi : éclipse et renaissance*, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, éd. Dalloz, 2004, p. 535.

⁸⁶⁸ Voir Y. LEQUETTE, *eod. loc.*, p. 250-251, note 26.

⁸⁶⁹ *Eod. loc.*

relations contractuelles⁸⁷⁰, mais les opposants critiquent que « le solidarisme contractuel ne repose pas sur un fond de réalité⁸⁷¹ ». Ces derniers abordent la réalité de la nature humaine et l'assimilent à la réalité du contrat. Mais quelle est la nature humaine véritable ? Un certain auteur pense que « les hommes portent très naturellement plus d'attention à leurs intérêts propres qu'à ceux d'autrui⁸⁷² » et que « les hommes sont égoïstes⁸⁷³ ». C'est une réalité. Mais les hommes sont également généreux, bienveillants et compatissants. Ils ont des qualités de moralité, d'abnégation, de fraternité et de solidarité, voire de sacrifice. C'est aussi la réalité ! L'homme n'est pas un animal simple qui met « toujours » son intérêt particulier au dessus de l'intérêt général. La nature humaine comporte sans doute l'instinct de donner de l'amour à autrui. La « connaissance approfondie des ressorts de l'âme humaine⁸⁷⁴ » ne doit pas seulement reposer sur les défauts des hommes. La fonction des normes du comportement humain, où les lois, la morale, les mœurs et les usages coexistent, consiste à développer le bon côté des hommes et en restreindre le mauvais. C'est raisonnablement la loi fondamentale de l'organisation de la société humaine. Si l'on accepte que le droit doit susciter l'effort humain, on ne doit pas refuser un droit qui suscite le bon côté des hommes. En ce qui concerne le contrat, un point de vue indique que « le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût⁸⁷⁵ ». Mais le bon et le mauvais côté de la nature humaine coexistent, le législateur et le juge ne peuvent pas fixer les règles paradoxales dans le droit des contrats. Ils doivent fonder leur choix en fonction des valeurs qu'ils soutiennent. Le solidarisme contractuel ne remodèle pas la nature humaine, mais la révèle et exprime la préférence aux éléments positifs de celle-ci.

Le développement contemporain de l'économie capitaliste forge des organes économiques qui occupent une position dominante dans certains secteurs industriel ou commercial. La relation de dépendance économique se multiplie dans les activités des

⁸⁷⁰ Ch. JAMIN, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *op. préc.*, p. 57 ; D. MAZEAUD, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, *op. préc.*, n° 1, p. 58, disant que « en outre, en jurisprudence et en législation, le solidarisme contractuel existe, je l'ai rencontré... plusieurs arrêts ... portent ... l'empreinte du solidarisme contractuel et témoignent donc, non seulement de sa réalité, mais aussi de sa vitalité ».

⁸⁷¹ L. LEVENEUR, *art. op. préc.*, p. 174 ; Voir aussi, Y. LEQUETTE, *eod. loc.*, n° 10.

⁸⁷² Y. LEQUETTE, *eod. loc.*, n° 10, p. 256.

⁸⁷³ *Eod. loc.*, p. 254.

⁸⁷⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. préc.*, n° 42.

⁸⁷⁵ *Eod. loc.*, p. 45.

affaires. La concurrence libérale promeut l'expansion de la fourniture des marchandises, mais entraîne également le désordre des productions. L'avidité des capitaux suscite une consommation sans limite des gens dans certains secteurs de haut profit. La crise économique est donc inévitable sur une route tracée par pur libéralisme et individualisme. Par conséquent, la relation contractuelle contemporaine ne reste plus, à l'échelle des plus grands nombres, égale et équilibrée. Les abus de dépendance, de position dominante, de clauses importantes et de prix portent très fréquemment préjudice à la confiance du consommateur et du professionnel profane. De plus, la crise économique frappe les débiteurs non coupables du contrat et menace la liberté d'accès au marché des entreprises et le droit de participation sociale des citoyens. Tous ces constats sont la réalité !

Pour refréner ces injustices inacceptables, le droit de la concurrence a déjà pris les mesures qui consistent à sanctionner l'abus de la position dominante. En droit des contrats, de la politique dirigiste de Duguit à la conscience collective de Saleilles⁸⁷⁶, les grands juristes ont tenté de réaliser des essais intéressants. Aujourd'hui, l'achèvement de la théorie de l'utile et du juste, destinée à régénérer le fondement de la force obligatoire du contrat⁸⁷⁷, et le volontarisme social⁸⁷⁸ (néo-libéralisme), destiné à « promouvoir la restauration des conditions d'un débat équilibré entre les parties⁸⁷⁹ », constituent tous les efforts d'exploration de la solution des réalités négatives de la relation contractuelle. Le solidarisme contractuel qui repose sur un fond de réalité est également intéressant et respectable.

Avant d'aborder l'analyse législative et jurisprudentielle, nous devons éclairer la relation entre la doctrine et le droit positif, et qualifier le solidarisme contractuel. En effet, il existe une interaction dialectique par laquelle la relation entre la doctrine et le droit positif se caractérise. Cette interaction dialectique représente à la fois, entre ces deux objets, une influence réciproque et une indépendance respective. Sans aucun doute, la doctrine fournit au droit positif non seulement les concepts fondamentaux, les pensées et les notions des termes juridiques, mais aussi la logique de raisonnement, la technique d'édification et d'application. En un certain sens, la

⁸⁷⁶ Voir Ch. JAMIN, *Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique*, n° 3, p. 161-162.

⁸⁷⁷ Voir J. GHESTIN, *Le juste et l'utile dans les contrats*, *op. préc.*, D. 1982, *chron.* p. 1-10.

⁸⁷⁸ Voir J.-L. AUBERT, *Le contrat*, in *Connaissance du droit*, 3^e éd. Dalloz, 2005, p. 27-28.

doctrine constitue la base du droit positif, notamment au moment de la création d'une loi ou d'une jurisprudence. À l'inverse, en tant que fruit de la recherche doctrinale, le droit positif devient une directive ou un critère pour poursuivre ultérieurement la recherche doctrinale. Pourtant, cette dernière est ou doit être librement effectuée⁸⁸⁰. Elle a vocation de susciter le développement et la rénovation du droit positif. En effet, comme la doctrine est multiple et variée, le législateur et le juge ne dépendent pas d'une doctrine unique afin de rendre les lois ou les jugements. La politique législative ou judiciaire repose généralement sur une philosophie pragmatique dont la finalité est de résoudre légitimement les problèmes pratiques⁸⁸¹. En étudiant l'histoire du droit civil français, M. Jamin pense que « la théorie de l'autonomie de la volonté n'existe pas : depuis deux siècles au moins, nul ne nie la part d'hétéronomie du contrat⁸⁸² ». Selon MM. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, les rédacteurs du Code civil français ont édulcoré la préconisation du libéralisme économique et tempéré l'effet de la théorie de l'autonomie de la volonté dans l'écrit législatif⁸⁸³. De même, M. J. Cedras, avocat général, a affirmé que « ...la Cour de cassation n'est pas prête au « grand soir » [du solidarisme contractuel] espéré par les uns, redouté par les autres, de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil⁸⁸⁴ ». Cette position neutre représente l'intention de la haute juridiction d'éviter l'insertion dans la controverse doctrinale et de viser les solutions utiles et efficaces.

Le solidarisme contractuel est essentiellement une découverte intellectuelle plus qu'une invention intellectuelle. En réalité, les normes morales et la loi économique universelle ont a priori existé avant l'établissement de cette idéologie contractuelle. L'évolution de la vie économique et sociale promeut un changement du quantitatif au qualitatif en matière de politique législative et judiciaire. C'est la raison pour laquelle, comparé au droit commun, le droit spécial repose souvent sur une autre

⁸⁷⁹ Y. LEQUETTE, *art. op. préc.*, n° 18, p. 264.

⁸⁸⁰ Voir Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, éd. Librairie générale de Droit, 1919.

⁸⁸¹ Sur ce point, voir M. MEKKI, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en temps de crise, Discussion au colloque du 22 oct. 2009, in *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, organisé par RDC. Pour répondre à une question posée par M. REVET, cet auteur indique que la Cour de cassation ne cherche pas à souscrire ni au libéralisme contractuel ni au le solidarisme contractuel, mais cherche à trouver une solution juste.

⁸⁸² Ch. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, op. préc.*, p. 906.

⁸⁸³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. préc.*, n° 29, p. 34-35.

⁸⁸⁴ J. CEDRAS, Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, in *Rapport de la Cour de cassation 2003*, p. 233.

philosophie législative et présente des exceptions multiples et éparses. C'est aussi pour cette raison que la Cour de cassation mène une politique mouvante de « métissage des valeurs entre l'impératif économique et l'humanisme contractuel⁸⁸⁵ ». Le libéralisme contractuel apparaît être une meilleure synthèse doctrinale de la loi économique de marché autonome depuis le XIX^e siècle. Or, le solidarisme contractuel représente alors une nouvelle idéologie contractuelle qui deviendrait le dogme du droit des contrats de notre époque, en induisant des faits considérables dans le droit positif contemporain. Envisageant la dominance chancelante du volontarisme classique, le solidarisme contractuel trouve dans le droit positif les devoirs suivants :

- le devoir de modération⁸⁸⁶ forcé par le droit de la consommation et destiné à maintenir un équilibre contractuel proportionné⁸⁸⁷ ;
- le devoir de loyauté⁸⁸⁸ reposant sur un respect raisonnable de l'attente légitime du cocontractant⁸⁸⁹ ;
- le devoir de cohérence⁸⁹⁰ avec l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui⁸⁹¹ destiné à remédier à la confiance légitime de la victime de l'abus du pouvoir contractuel⁸⁹² ;
- le devoir de coopération⁸⁹³ dans lequel les obligations de motivation⁸⁹⁴, de renégociation⁸⁹⁵, d'assistance⁸⁹⁶ et d'information⁸⁹⁷ (obligation de conseil⁸⁹⁸, de renseignement⁸⁹⁹ ou d'avertissement⁹⁰⁰) résident ; le devoir de tolérance⁹⁰¹

⁸⁸⁵ D. MAZEAUD, *La politique contractuelle de la Cour de cassation*, in Mélanges Ph. JESTAZ, éd. Dalloz, 2006, p. 372.

⁸⁸⁶ Voir D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. de F. CHABAS, éd. LGDJ, 1992.

⁸⁸⁷ Voir S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse Paris 11, 1997 ; Martine BEHAR-TOUCHAIS, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA*, 30 sep. 1998.

⁸⁸⁸ Voir Y. PICOD, thèse, *op. préc.*, 1989.

⁸⁸⁹ Voir par ex., Cass. com., 3 nov. 1992, *JCP*, 1993, II.22164, obs. G. VIRASSAMU ; *RTD civ.*, 1993, 124, obs. J. MESTRE ; 24 nov. 1998, *Deffrénois*, 1999, 371, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1999, 98, obs. J. MESTRE et 646, obs. P-Y GAUTIER.

⁸⁹⁰ Voir D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR WATT éd. PUAM, 2001 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PU Aix-Marseille, 1997, n° 592 et s. ; D. MAZEAUD, obs., *RDC*, Juillet 2009, p. 999-1003, sous Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-20891 ; G. VINEY, obs., *eod. loc.*, p. 1019-1023.

⁸⁹¹ Voir, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, sous dir. de M. BEHAR-TOUCHAIS, éd. Economica, 2001.

⁸⁹² Voir B. FAUVARQUE-COSSON, Rapport général, in *La confiance légitime et l'estoppel*, éd. Société de législation comparée, 2007, p. 9 et s. ; D. MAZEAUD, Rapport français, in *eod. loc.*, p. 247 et s.

⁸⁹³ Voir Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP* 1988 I 3318 ; G. MORIN, Le devoir de coopération dans les contrats internationaux, *Droit et pratique du commerce international*, 1980, p. 9 et s. ; S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. de B. TEYSSIE, éd. LGDJ, 2000, n° 233.

⁸⁹⁴ Voir M. FABRE-MAGNAN, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in Mélanges J. GHESTIN, éd. LGDJ, 2001, p. 301 et s.

⁸⁹⁵ Voir P. CATALA, *La renégociation des contrats*, in Mélanges P. DIDIER, éd. Economica, 2008, p. 91-99 ; D. MAZEAUD, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat*, *op. préc.*, n° 12, p. 62 ; Même auteur, obs., *RDC*, juillet 2004, p. 642-644, sous Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 2004, pourvoi n° Z 01-15.804 ; B. FAUVARQUE-COSSON, Le changement de circonstances, *RDC* 2004, n° 19.

⁸⁹⁶ Voir Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1996, *Rép. Deffrénois*, 1996, 1007, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1997, 425, obs. J. MESTRE.

⁸⁹⁷ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, préf. de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 1992.

⁸⁹⁸ Voir Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995, *Rép. Deffrénois*, 1995, 1416, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1996, 384, obs. J. MESTRE.

⁸⁹⁹ Voir Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1997, *RTD civ.*, 1997, 930, obs. J. MESTRE.

et d'abnégation⁹⁰² au cas où le débiteur vient à connaître des difficultés financières imprévisibles⁹⁰³.

Sans aucun doute, ces devoirs contractuels (ou obligations contractuelles) deviennent déjà des réalités législatives, jurisprudentielles et doctrinales qui témoignent du solidarisme contractuel. Le mouvement doctrinal du solidarisme contractuel a positivement influencé l'activité législative⁹⁰⁴ et la jurisprudence⁹⁰⁵. Par exemple, dans l'article 136⁹⁰⁶ du projet gouvernemental de réforme du droit des contrats publié en 2008, le devoir de renégociation a été fixé. Il affirme l'impératif de la considération de l'intérêt légitime de la partie victime frappée par le changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, et confère au juge le pouvoir d'adaptation conditionnée et le pouvoir souverain d'anéantissement du contrat.

Pour apprécier l'intérêt d'une nouvelle doctrine, on doit examiner la légitimité de son raisonnement logique et la réalité de son application concrète, mais non les opinions différentes de l'autre doctrine sur le même fondement ou la même preuve, car toutes les doctrines s'intéressent possiblement à un phénomène juridique et l'interprètent de façon multiple. Le solidarisme contractuel a manifesté sa pertinence à la réalité législative et jurisprudentielle, et ses arguments sont justifiables. Le problème controversé ne repose pas essentiellement sur une réalité de la nature humaine ou du droit positif, mais consiste en une éthique juridique. Certains auteurs ne pensent pas que les contractants doivent être sanctionnés du fait qu'ils portent « très naturellement plus d'attention à leurs intérêts propres qu'à ceux d'autrui⁹⁰⁷ » et que la protection d'une partie devrait être à la merci de leur partenaire⁹⁰⁸. Il s'agit en

⁹⁰⁰ Voir Cass. civ. 1^{re}, 23 janv. 1996, *Bull. civ.* I, n° 36, p. 23, D. 1997.571, note Ph. SOUSTELLE; *Contr. conc. consom.*, 1996, n° 76, obs. L. LEVENER ; *RTD civ.*, 1996, 900, obs. J. MESTRE.

⁹⁰¹ Voir Y. PICOD, thèse, *op. préc.*, 1989, n° 141 et s.

⁹⁰² D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. préc.*, n° 17, p. 620.

⁹⁰³ D. MAZEAUD, Brèves remarques sur la réforme du droit du surendettement, *Rev. de droit immob.*, 1995, p.277 et s. ; La réduction des obligations contractuelles, *op. préc.*, p. 66-68 ; obs., *D.* 1996, som., p. 122, sous Cass. civ. 1^{re}, 27 janv. 1993.

⁹⁰⁴ Notamment les activités de réforme du droit des contrats depuis 2003.

⁹⁰⁵ Voir par ex. : Ph. STOFFEL-MUNCK, note *D.* 2002, n° 24, p. 1974 et s., spéc. n° 16 – n° 18, sous Cass. com., 15 janv. 2002, D. MAZEAUD, *obs. op. préc.*, sous Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2009.

⁹⁰⁶ L'art. 136 stipule que « Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation » (alinéa 1). « En cas de refus ou l'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe » (alinéa 2).

⁹⁰⁷ Voir Y. LEQUETTE, *art. op. préc.*, *supra*, note 71.

⁹⁰⁸ Voir L. LEVENEUR, *art. op. préc.*, p. 189.

effet de la double qualification pour l'action de défendre ses intérêts propres des contractants. Selon le dogme classique, cette action est à la fois définie comme un droit et comme un devoir. Mais le solidarisme contractuel ne cherche ni à priver le droit du créancier ni à exonérer le devoir du débiteur. Bien au contraire, il veut renforcer l'utilité et la justice de la défense des intérêts personnels des contractants. Face au cocontractant occupant une position dominante, la défense autonome de la partie faible est souvent vaine. Le changement imprévisible de circonstances peut probablement paralyser les mesures de défense prévues par une des parties au moment de la conclusion du contrat. Le contractant ne doit pas être privé du droit de défendre ses intérêts propres parce qu'il porte une confiance légitime à son partenaire. L'affirmation du droit de défense n'implique pas l'acceptation des abus de ce droit. D'une part, les tenants de l'individualisme qui critiquent le solidarisme contractuel, au nom du droit de défense ou de la liberté, s'opposent à l'altruisme dans l'éthique contractuelle. D'autre part, au nom du devoir de défense ou de la responsabilité, ils refusent les remèdes du droit de défense d'un contractant. Évidemment, ils se contredisent !

En réalité, l'essence du problème ne s'exprime ni en termes de droit ou de devoir, ni en termes de liberté ou de responsabilité. La controverse repose profondément sur la compréhension de l'utilité et de la justice contractuelles. Pour sauvegarder l'utile et le juste du rapport contractuel contemporain, devons-nous nécessairement chercher une nouvelle idéologie contractuelle destinée à mettre fin à l'incohérence entre les droits spéciaux, les fruits jurisprudentiels et le droit commun du contrat ?

§ 3. Le solidarisme contractuel et la sécurité juridique

Le deuxième débat important concernant le solidarisme contractuel évoque la prévisibilité du contrat et la sécurité juridique. Chez certains auteurs, l'intervention du juge dans le contrat, préconisée par cette nouvelle idéologie contractuelle, « risque de supprimer la liberté des conventions et d'aboutir à un solidarisme d'État⁹⁰⁹ ». « Elle est source d'insécurité et d'imprévisibilité juridique : on ne peut faire du droit

sûr avec des concepts mous⁹¹⁰ » comme la loyauté, la solidarité et l'altruisme. Cette intervention judiciaire évoque le « risque d'arbitraire » du juge « au détriment de la sécurité des contractants⁹¹¹ ». Sans être mesurée, elle risque de « ruiner la sécurité contractuelle, le respect de la parole donnée, de devenir une incitation à la malhonnêteté et constituer un 'truc' pour gagner des procès⁹¹² ». De plus, elle « menacerait gravement la sécurité des transactions⁹¹³ ». Le contrat, en tant qu'acte de prévision des contractants, doit fonder sa force obligatoire sur la volonté individuelle, mais non sur l'ordre public effectivement conduit par le juge⁹¹⁴.

Les observations précédentes laissent entrevoir une inquiétude quant à l'extension du pouvoir du juge dans le domaine contractuel. Les termes de « sécurité » et de « prévision » sont fréquemment employés par les auteurs. Mais ces termes possèdent de multiples significations. Dans le lien conventionnel, la sécurité concerne divers sujets : la sécurité des contractants, celle du contrat (dite aussi contractuelle), celle des transactions et celle juridique. Ces notions sont essentiellement différentes.

La sécurité des contractants devrait juridiquement mettre l'accent sur la protection de l'intégrité physique et du bien des contractants. L'intervention judiciaire dans un contrat ne menace pas la sécurité corporelle et matérielle des contractants. La sécurité des transactions consiste principalement à sauvegarder la stabilité des relations économiques d'échange et la fonction anonyme du système du marché. Dans l'hypothèse de l'existence d'une chaîne de contrats, l'immixtion du juge influence possiblement l'effet des activités économiques concernées d'une des parties. L'étendue et l'intensité de cette influence dépendent forcément de la distance entre la prévision subjective des contractants et la réalité objective de cette prévision. Autrement dit, le juge ne peut pas déterminer les activités économiques des parties autour du contrat litigieux, car l'imprévision des contractants doit essentiellement être qualifiée comme une conséquence négative issue d'une incohérence entre leurs attentes et la réalité. Ce sont les autres activités économiques des contractants eux-

⁹⁰⁹ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, éd., 1937, p. 31.

⁹¹⁰ L. LEVENEUR, *Le solidarisme contractuel : un mythe, op. préc.*, p. 186.

⁹¹¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, 1, L'acte juridique*, 14^e éd. Armand Colin, 2010, n° 67, p. 47.

⁹¹² Ph. MALAURIE, note sous Cass. Com., 27 fév. 1996, *D.* 1996, p. 520.

⁹¹³ D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, thèse Paris II, 2001, n° 373.

mêmes reposant sur certaine prévision d'une transaction, qui apprécient l'étendue et l'intensité de l'immixtion du juge dans un contrat. En réalité, ce qui permet à la réalisation d'un contrat de devenir la référence d'appréciation de l'exécution d'un autre, représente l'impératif de sauvegarder la sécurité du système de la circulation de marchandises. Cet impératif correspond, dans un certain sens, plutôt à la conception solidariste de valeur sur la division du travail social qu'au pur libéralisme contractuel, car il souligne la primauté de l'intérêt général du système économique sur l'intérêt individuel des contractants. Cependant, quand on dénonce et refuse, sous prétexte de liberté contractuelle, l'immixtion du juge dans la relation contractuelle, la sécurité des transactions ne demeure plus le problème de sécurité du système économique d'échange des marchandises, mais devient le problème de réalisation des prévisions concrètes des contractants. Essentiellement, le dernier cas concerne l'effet de la volonté des contractants. La sécurité d'une seule transaction en elle-même participe à la sécurité du contrat. C'est la raison pour laquelle M. G. Piette pense que « la sécurité des transactions n'est qu'une facette de la sécurité juridique... En résumé, la sécurité des transactions, c'est la sécurité juridique appliquée aux relations contractuelles⁹¹⁵ ». Pourtant, même si le rapport entre la transaction et le contrat est concomitant, la différence des sujets de droit détermine la qualification distincte. Il ne faut pas confondre les caractéristiques essentielles de la sécurité matérielle et de la sécurité des normes.

En ce qui concerne la sécurité contractuelle, il s'agit, d'une part, du destin du contrat lui-même, c'est-à-dire le maintien du contrat ou non (par exemple : la modification, la révision, la résiliation ou l'annulation du contrat). D'autre part, la sécurité contractuelle désigne la sécurité des lois contractuelles fixées par les parties. Comme l'article 1134, alinéa 1 du Code civil français affirme avec une métaphore, que la force obligatoire de la loi contractuelle est équivalente à celle de la loi authentique, la sécurité des lois contractuelles doit être reconnue comme une sorte de sécurité juridique.

⁹¹⁴ H. LECUYER, *Le contrat, acte de prévision*, in Mélanges F. TERRE, éd. Dalloz, Puf et J.-C., 1999, p. 651-654.

⁹¹⁵ G. PIETTE, *La correction du contrat, op. préc.*, Tome 1, n° 205, p. 125.

La sécurité juridique, selon M. Th. Piazzon, est « celle qui intéresse le droit lui-même : c'est la sécurité du droit, de ses modes d'expression et de réalisation, ainsi que la sécurité des droits subjectifs des individus⁹¹⁶ ». Cet auteur a clairement distingué le besoin de sécurité matérielle de la sécurité juridique proprement dite. M. R. Friederich indique qu'il existe quelque différence de signification entre l'expression de la sécurité du droit et celle de la sécurité juridique. Selon lui, la sécurité juridique ne signifie pas uniquement « sécurité du droit », mais aussi « sécurisation du droit⁹¹⁷ ». En comparant les deux observations précédentes, il n'est pas nécessaire de considérer un rayonnement de la notion de sécurité juridique en tant que tel. La pertinence de l'expression « sécurité juridique » devrait être affirmée, car cette notion comporte non seulement la sécurité du droit, mais aussi celle de l'acte juridique.

Il est surprenant que ce terme de « sécurité juridique », très utilisé, n'ait toujours pas de définition officielle, malgré son « importance la plus haute » et sa « grande actualité »⁹¹⁸, notamment en droit contemporain ; même dans la doctrine du droit, il obtient rarement une définition majoritaire.

A. Définition de la sécurité juridique

Dans la plupart des dictionnaires, la définition se limite généralement au terme « sécurité » et ne donne qu'une facette de la notion de sécurité juridique. Le problème de sécurité d'un quelconque sujet de droit concerne sans aucune surprise les deux aspects suivants : d'une part, il s'agit de la « situation dans laquelle on n'a aucun danger à craindre⁹¹⁹ », c'est la sécurité objective ; d'autre part, il s'agit de la « tranquillité d'esprit qui résulte du sentiment qu'on n'a rien à craindre⁹²⁰ », c'est la sécurité subjective. Selon M. Demogue, la sécurité objective est celle qui existe réellement, tandis que la sécurité subjective est celle qui existe dans l'esprit des individus et qui correspond ou non à la réalité⁹²¹. En ce qui concerne la sécurité

⁹¹⁶ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Préface de L. LEVENEUR, éd. Defrénois, 2009, n° 2, p. 3.

⁹¹⁷ R. FRIEDERICH, *La sécurité juridique : confrontation entre théorie générale du droit et droit social*, thèse, Paris II, 2008, p. 38.

⁹¹⁸ Voir L. LEVENEUR, *Préface* pour la thèse de M. Th. PIAZZON, *op. préc.*.

⁹¹⁹ Voir Terme *Sécurité*, in *Grand Larousse de la langue française*, 6^e tome, éd. Librairie Larousse, 1977, p.5431.

⁹²⁰ *Eod. loc.*

⁹²¹ Voir R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. préc.*, cité par Th. PIAZZON, *op. préc.*, n°57, p. 73.

juridique, si l'on considère la définition de « sécurité » de M. Cornu dans l'hypothèse d'une relation juridique d'obligation, il s'agit de « toute garantie, tout système juridique de protection tenant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins à réduire l'incertitude dans la réalisation du droit⁹²² ». Cette définition semble d'abord désigner une situation de sécurité objective. Mais si l'on se souvient de la célèbre leçon donnée par M. Demogue, « toute sécurité complète est un idéal impossible à atteindre⁹²³ », l'hypothèse de « toute garantie » dans la définition de « sécurité » semble plutôt subjective. Plus précisément, selon le dictionnaire du vocabulaire juridique édité sous la direction de M. R. Cabrillac, la sécurité juridique est définie comme « un idéal vers lequel le droit doit tendre en édictant des règles cohérentes, relativement stables et accessibles pour permettre aux individus d'établir des prévisions » et également comme un « droit pour un individu d'être fixé sur le contenu des dispositions qui lui sont applicables (c'est-à-dire droit de ne pas voir ses prévisions remises en cause par un revirement de jurisprudence ou par un texte rétroactif)⁹²⁴ ».

S'appuyant sur le même raisonnement logique et confirmant la qualification d'un idéal donné par son confrère, M. Piazzon, lui aussi, redéfinit la sécurité juridique. Selon lui, « la sécurité juridique est, (...) l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation⁹²⁵ ». À partir de cette définition, M. Piazzon opère une distinction entre la sécurité juridique objective et la sécurité juridique subjective. Pour lui, par principe, la sécurité juridique objective « concerne la qualité de notre système juridique et des sources du droit, ainsi que le contenu même des règles du droit objectif⁹²⁶ » ; la sécurité juridique subjective « concerne la situation individuelle et concrète des individus⁹²⁷ ». Le critère de distinction est clair et quasi classique : l'aspect du droit objectif et celui du droit subjectif. Dans la définition donnée, la sécurité juridique

⁹²² G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. préc.*, sur le terme « sécurité ».

⁹²³ R. DEMOGUE, *op. préc.*, p. 83.

⁹²⁴ Voir *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, terme « sécurité juridique », sous la direction de M. R. CABRILLAC, 2^e éd. Litec, 2004. Ce dictionnaire définit formellement la notion de sécurité juridique.

⁹²⁵ Th. PIAZZON, *thèse, op. cit.*, n° 48, p. 62.

⁹²⁶ *Ibid.*, n° 58.

⁹²⁷ *Ibid.*, n° 63, p. 84.

objective est un idéal ou une attente pour la situation sécurisée du droit objectif ; la sécurité juridique subjective vise le respect des droits de l'homme. Mais l'idéal en soi est-il objectif ou subjectif ? Le droit subjectif est-il vraiment subjectif ? Au regard du critère de distinction proposé par M. Demogue, l'idéal n'est pas réel, et il ne constitue pas une sécurité objective. Cependant, nous ne dénisons pas l'existence d'une situation objective de la sécurité juridique. En fait, cette situation sécurisée n'est pas absolue. Elle a fourni ou fournit un environnement juridique relativement sécurisé tant dans la formation des prévisions que dans leur réalisation. Par exemple, les nombreuses clauses originales du Code civil français (1804) sont encore applicables et en vigueur aujourd'hui. Cette situation établit une connaissance juridique générale, comme une coutume, dans notre conscience et permet de facilement prévoir les résultats juridiques des comportements. Cette situation juridique sécurisée est réelle et objective.

Par ailleurs, même si l'expression « droit subjectif » contient le terme « subjectif », elle consiste à distinguer la faculté de l'individu du droit objectif en cas de polysémie du mot « droit » en français⁹²⁸. Nul doute que les droits subjectifs relèvent d'une création intellectuelle et participent de l'idéologie du droit naturel. Mais ils représentent un fait reconnu lorsque tout le monde accepte leur existence dans la vie juridique, et que le droit objectif les confirme. La sécurité des droits subjectifs évoque objectivement deux circonstances : d'une part, le droit subjectif en lui-même est la victime d'une atteinte. En ce cas, comme le comportement d'atteinte serait sanctionné par le droit objectif en raison de sa nature illégale, la sécurité de ce droit subjectif participerait seulement d'une sécurité matérielle. D'autre part, le droit objectif qui consacre un droit subjectif devient l'objet de l'attaque par une nouvelle loi ou par la jurisprudence audacieuse. Cette circonstance concerne donc le problème de sécurité juridique. Ici, il s'agit seulement de la sécurité juridique objective.

Afin de découvrir la sécurité juridique subjective, il faut étudier l'état d'esprit des contractants dans un certain environnement juridique. Il ne s'agit pas de la conscience des droits subjectifs des contractants. La sécurité juridique subjective est directement issue d'une réaction mentale à l'environnement juridique où les

contractants se trouvent. Elle concerne non seulement la tranquillité en cas de toute garantie des prévisions sur les résultats juridiques, mais aussi l'inquiétude en cas d'imprévisibilité des résultats juridiques ou d'instabilité de la réalisation des prévisions précédentes. Ces deux états d'esprit participent d'une réaction psychologique des contractants en face de divers circonstances objectives. Cette réaction psychologique repose sur un sentiment préexistant : la confiance juridique. Précisément, les contractants font confiance à l'autorité du droit destiné à protéger la légitimité, l'effectivité et l'efficacité des actes juridiques. Cette confiance juridique constitue également la base de la déontologie institutionnelle de la sécurité juridique. Quand les citoyens acceptent déjà l'autorité du droit qui se forme par certaines procédures légitimes (par exemple, l'État de droit) et créent leur confiance à l'effectivité des règles de droit, l'institution juridique doit impérativement sauvegarder son crédit propre au public et respecter tous les comportements effectués par les citoyens reposant sur cette confiance juridique. Comme le dit M. Piazzon, la sécurité juridique exige le respect des prévisions déjà bâties par les sujets de droit⁹²⁹. Pour renforcer le devoir de la protection de l'autorité publique en favorisant la confiance juridique du peuple, les juristes préconisent ou soutiennent un droit subjectif dont les prévisions légales doivent être respectées.

B. La confiance juridique légitime et l'intervention du juge

Il faut distinguer la confiance juridique de la confiance entre les parties contractantes⁹³⁰, tout comme celle relative à l'environnement factuel⁹³¹. Car la confiance juridique ne concerne que l'existence d'un environnement juridique protecteur et l'effectivité des règles de droit. Nous ne pouvons pas confondre l'objet propre de la confiance juridique avec les promesses réciproques exprimées par les parties contractantes ou avec les éléments matériels concernant la formation ou

⁹²⁸ Cette situation n'existe pas en anglais ou en chinois, car on emploie « right » en anglais ou « 权利 (quanli) » en chinois pour exprimer la signification du droit subjectif, et on utilise « law » ou « 法律 (falü) » pour le droit objectif.

⁹²⁹ Voir Th. PIAZZON, *thèse, op. préc.*, n° 33 et n° 34, p. 46-49.

⁹³⁰ Voir C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation des contrats, op. préc.*, p. 366. Cet auteur pense que « la sécurité juridique participe de la confiance entre les parties ».

⁹³¹ Voir G. PIETTE, *La correction du contrat, op. préc.*, n° 212, p. 127. Cet auteur définit la sécurité juridique comme « la confiance légitime que les contractants et les tiers intéressés témoignent, en raison de sa prévisibilité, à l'encontre de l'environnement juridique et factuel de la convention »

l'exécution du contrat (tels, la qualité des marchandises, le lieu d'exécution, la date de délivrance ou la modalité de paiement du débiteur, etc.).

Par ailleurs, la confiance juridique est toujours liée aux actes de prévision des sujets de droit. Une fois que le droit permet aux sujets de droit d'établir certaines prévisions sur les résultats juridiques de leurs comportements, il ne doit pas ultérieurement se rétracter ou se contredire au détriment des sujets de droit concernés. C'est pourquoi en droit privé certains auteurs soulignent l'importance de la prévision des contractants autant que celle de la sécurité juridique⁹³². Pourtant, en tant que socle mental de la sécurité juridique subjective, la confiance juridique n'équivaut pas à la prévision juridique. Cette dernière participe seulement d'un comportement pratique intellectuel à l'instigation de la confiance juridique. En raison de la différence des compétences de connaissance, cette pratique intellectuelle risque techniquement de provoquer des erreurs. Il est donc nécessaire de conditionner l'effet des prévisions des contractants. L'article 1150 du Code civil français pose initialement une mesure extrinsèque ou objective, favorisant l'acceptabilité des prévisions du débiteur en matière de dommages-intérêts⁹³³. L'expression « qu'on a pu prévoir » implique que la prévisibilité des conséquences juridiques puisse être appréciée par un critère extrinsèque ou objectif de la mesure. Selon la doctrine, sous une certaine influence de la théorie de « *reliance* » du droit anglo-saxon⁹³⁴ et de la conception de confiance légitime des droits allemand et communautaire⁹³⁵, les juristes français acceptent de plus en plus l'attente raisonnable du créancier comme le fondement de la force obligatoire du contrat afin de réaliser une flexibilité du principe classique de force obligatoire du contrat⁹³⁶. Comme l'indique M. Mazeaud, « cette attente raisonnable,

⁹³² Voir par exemple, H. LECUYER, Redéfinir la force obligatoire du contrat ?, in *LPA*, 6 mai 1998, p. 44 et s., spéc. p. 45, en observant que la conception souple de la force obligatoire « semble porter la ruine de la sécurité juridique. » ; même auteur, *Le contrat, acte de prévision, op. préc.*, p. 643 et s., en indiquant que « la prévision serait de l'essence du contrat » (p. 643) et qu'« il pourrait être opportun de dessiner les contours de la force obligatoire du contrat autour des seules prévisions des contractants... » (p. 654) ; L. LEVENEUR, *Le solidarisme contractuel : un mythe, op. préc.*, p. 186-187, en indiquant que « le contrat est avant tout un acte de prévision, l'avènement du solidarisme le rendrait de moins en moins prévisible... » et que « le solidarisme menace bel et bien la prévisibilité et la sécurité juridique ».

⁹³³ Art. 1150, *C. civ.*, stipule que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

⁹³⁴ Voir H. MUIR WATT, *Reliance et définition du contrat*, in *Prospectives du droit économique*. Dialogues avec Michel JEANTIN, éd. Dalloz, 1999, p. 57 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2^e éd. Defrénois, 2005, n° 752, p. 360.

⁹³⁵ Voir S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Préface de D. TRUCHET, éd. Dalloz, 2001, p. 113.

⁹³⁶ Voir J. CARBONNIER, Introduction, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, éd. Puf, 1986, spéc. p. 34-35, *préc.* p. 35, en indiquant que « ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçue. Corollaire : le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement ».

nouveau critère de la force du contrat, sera nécessairement appréciée par un tiers extérieur aux contractants et surtout à la personne du créancier, ... et favorise [en effet] l'immixtion du juge dans le contrat⁹³⁷ ».

Même si la notion d'attente raisonnable a un lien strict avec la notion de confiance légitime, elle est plus proche de la notion de prévision raisonnable. Car la confiance repose sur l'appréciation du crédit et de la compétence du cocontractant ; l'attente et la prévision visent principalement à la réalisation de l'objectif du contrat. Pourtant, la prévision comporte des contenus multiples. La sécurité juridique ne concerne que la prévision juridique (ou l'attente en l'effet du droit), non la prévision matérielle (ou l'attente en l'intérêt matériel) des sujets de droit. Autrement dit, la sécurité juridique relative au contrat n'est pas directement issue de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse des obligations contractuelles du débiteur, mais provient de la caducité de la loi contractuelle prévue par les parties. La dernière conséquence est généralement provoquée par la législation ou par les décisions judiciaires. L'exigence d'une prévision raisonnable sera nécessaire pour éviter les prévisions fautives et irréalistes. Elle met l'acte de prévision des contractants dans la liberté correspondant à l'esprit du droit. Sinon, l'acte de prévision lui-même devient probablement un terrain abusif et entraîne l'insécurité juridique dont la juridiction sauvegarde à la fois la justice substantielle et la liberté abusive.

Pour M. Piazzon, « la prévisibilité constitue l'essence véritable de la sécurité juridique⁹³⁸ ». Or, il ajoute aussi que la légitimité des prévisions juridiques est considérée « comme condition de leur protection au nom de la sécurité juridique⁹³⁹ ». L'examen de la légitimité des prévisions juridiques comporte non seulement les éléments déjà prévus par les sujets de droit, mais aussi ceux qu'ils doivent et peuvent prévoir selon le critère extérieur et objectif. Selon M. Lécuyer, les prévisions sont divisées en deux catégories⁹⁴⁰ : les prévisions intrinsèques qui se trouvent dans le contenu de l'accord des parties contractantes, et les prévisions extrinsèques qui se présentent comme la cause ou les motifs extérieurs à l'accord des parties. Les prévisions intrinsèques sont couvertes par la force obligatoire dans le sens de l'article

⁹³⁷ D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. préc.*, n° 22, p. 625-626.

⁹³⁸ Th. PIAZZON, *thèse, op. préc.*, n° 31, p. 44.

⁹³⁹ *Ibid.*, n° 37, p. 51 et n° 39, p. 52.

1134 du Code civil⁹⁴¹. Puis, cet auteur indique que hors la source volontaire de la force obligatoire du contrat, l'article 1135 affirme une source légale qui donne la force obligatoire aux suites du contrat⁹⁴². Cependant, cet auteur propose malheureusement que les sources légales doivent, comme le stipule l'article 1135, être écartées dans les contours de la force obligatoire du contrat⁹⁴³.

Devant ces diverses opinions doctrinales, il faut maintenant répondre à deux questions importantes. D'une part, les prévisions sont-elles vraiment distinctes des suites imposées par l'article 1135 du Code civil ? La maxime « nul n'est censé ignorer la loi » manifeste l'impératif universel que le citoyen n'a pas le droit de ne pas connaître la loi⁹⁴⁴. Même si cette règle a été retirée du Code civil français à une certaine époque, elle fonctionne tacitement dans les relations contractuelles entre les sujets avec une force équivalente, notamment dans les relations extra-contractuelles. Comme l'évoque M. le Doyen Carbonnier, « la règle est fautive mais nécessaire, parce que sans elle, l'application du droit serait constamment paralysée, les malins prenant le masque de l'ignorance⁹⁴⁵ ». En fait, la logique juridique présume normalement que les sujets de droit connaissent les règles nécessaires de droit avant leurs actions. Autrement dit, les contractants ont le devoir de connaître les règles de droit concernant leurs actes juridiques et celui de prévoir les conséquences juridiques qui en découlent. En ce sens, les suites du contrat disposées par l'article 1135 participent des éléments juridiques que les parties doivent et peuvent prévoir. Elles sont également un aspect des prévisions juridiques des contractants. De plus, sous la conduite du principe de bonne foi (article 1134, alinéa 3 du Code civil), les dites prévisions extrinsèques peuvent toutefois entrer dans les contours de la force obligatoire du contrat. Le fait d'écarter l'article 1135 des règles de droit concernant le contrat peut-il vraiment réaliser la pureté de la nature du régime contractuel ? Par essence, l'article 1135 représente l'exigence de l'ordre public. Même si cet article se déplace dans le régime des délits, le contrat est encore contrôlé par de nombreuses

⁹⁴⁰ Voir H. LECUYER, *Le contrat, acte de prévision, op. préc.*, p. 644.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 652.

⁹⁴² *Eod. loc.*

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 654.

⁹⁴⁴ Voir C. PUIGELIER, La maxime « nul n'est censé ignorer la loi », in *La loi. Bilan et perspectives*, sous la dir. de C. Puigulier, éd. Economica, t. 22, 2005, p. 309 et s.

⁹⁴⁵ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, éd. Flammarion, coll. Forum, 1996, p. 101.

règles d'ordre public. En effet, il est très important que le fonctionnement de l'article 1135 soit utilisable pour examiner la légitimité des prévisions des contractants. Il semble donc que la proposition ci-dessus n'apparaît ni sage ni réaliste.

L'examen de la légitimité des prévisions des contractants étant caractérisé par une opération concrète, surtout au cas par cas, il dépend imparablement de l'intervention du juge. Si l'on accepte l'importance et la nécessité de cet examen, l'intervention du juge dans le contrat ne peut pas naturellement être refusée. Le problème à discuter ne relève plus de l'intervention ou non, mais devient la modalité et la méthode de l'intervention. La doctrine du solidarisme contractuel se caractérise par la préconisation très controversée de l'intervention positive du juge dans la relation contractuelle déséquilibrée. La critique l'accuse de ruiner la prévisibilité du contrat et la sécurité juridique. Mais la prévisibilité du contrat exige en fait que les prévisions doivent être raisonnables face au critère objectif. Personne ne remet en question le fait que l'appréciation de légitimité des prévisions participe de la fonction propre du juge. L'intervention du juge dans la relation contractuelle ne s'oppose pas, en effet, à la prévisibilité du contrat. Bien au contraire, elle constitue une condition nécessaire dans laquelle les prévisions des contractants obtiennent la protection du droit objectif au nom de la sécurité juridique.

La protection conditionnée des prévisions correspond à l'impératif de la sécurité juridique objective. Car la stabilité de l'environnement juridique autour des contractants est une exigence essentielle de l'impératif de la sécurité juridique objective. Le juge doit avant tout sauvegarder la sécurité des règles de droit préexistantes par rapport aux prévisions des parties contractantes, car la contrainte de la loi contractuelle convenue par les parties constitue théoriquement une certaine menace potentielle pour la sécurité des règles de droit préexistantes, s'il n'y a pas un contrôle de légalité et de légitimité. Les tenants de l'individualisme contractuel mettent un accent excessif sur la liberté de déterminer le contenu du contrat possédée par les parties au risque de ruiner la sécurité du droit objectif et de trahir la raison et l'esprit du droit.

C. Ontologie de la sécurité juridique

M. Michel Fromont indique que la sécurité juridique « est presque la raison d'être du droit lui-même⁹⁴⁶ ». M. Jean-Guy Huglo pense aussi que « la sécurité juridique est une des qualités d'un droit donné, comme la sécurité d'un produit est une des qualités prises en compte par le consommateur⁹⁴⁷ ». C'est un nouvel angle d'observation au sein du droit pour connaître la sécurité juridique. Si le Droit a vocation à sauvegarder la sécurité du citoyen, il doit tout d'abord assurer la sécurité de lui-même. La sécurité juridique est impérativement prise en compte avant l'entrée en vigueur du droit positif. Cette considération ontologique consiste essentiellement à éviter l'apparition de la situation d'insécurité juridique.

Observons qu'en matière de sécurité juridique objective, les circonstances d'insécurité juridique sont, d'une part, techniquement provoquées par l'incohérence entre les règles de droit dans un système juridique. Quand les règles ultérieurement édictées ou les nouvelles interprétations judiciaires des règles existantes sont à l'opposé de certaines règles valables, cette contradiction de normes entraîne une insécurité juridique objective. Les critiques envers le solidarisme contractuel représentent justement un refus ou une contestation sur les nouvelles interprétations et l'application judiciaire des principes de bonne foi et d'équité du Code civil. Cependant, l'insécurité juridique objective est fondamentalement issue de l'évolution économique, sociale et politique des sociétés humaines. En ce qui concerne la rénovation politique, voire la révolution politique, le problème de la sécurité juridique est plus évident, surtout en droits public et social. La stabilité permanente du droit privé est déterminée par la continuité de la coutume et des modes de vie sociale. Mais aujourd'hui, le développement rapide de l'économie issu des innovations des sciences et de la technologie modifie sans cesse les modalités de communication sociale et d'échange des travaux sociaux. Quand les nouveaux modèles économiques dépassent la force d'imagination du législateur ou du juge au moment de légiférer ou de juger, les nouveaux actes juridiques des sujets de droit ne se soumettent plus à la logique de raisonnement du régime juridique existant. Par exemple, au nom de la liberté commerciale et contractuelle, le contractant dominant

⁹⁴⁶ M. FROMONT, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, 20 juin 1996, numéro spéc., p. 178.

⁹⁴⁷ J.-G. HUGLO, La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 91.

impose souvent certaines clauses injustes au détriment de son partenaire faible. Sans risque d'erreur, de violence ou de dol, évitant le contour étroit de lésion, l'abus de la liberté contractuelle semble être exonéré de la sanction des règles classiques du Code civil. Le prétexte n'en est pas moins connu : « le droit doit aussi susciter l'effort humain⁹⁴⁸ », c'est-à-dire que par ses efforts, la partie faible peut changer la situation défavorable dans la négociation contractuelle avec le contractant dominant. Évidemment, cette idée d'individualisme contractuel n'est pas réaliste. L'établissement du régime de clauses abusives et la rénovation judiciaire de la signification de la cause⁹⁴⁹ sont deux exemples typiques pour expliquer l'évolution du droit à l'épreuve du développement économique et du progrès social.

Aussi, faut-il accepter que l'insécurité juridique est, en réalité, issue du changement des relations sociales qui constituent la base matérielle de tous les projets de droit. L'harmonie interne du système juridique est seulement une apparence technique du droit reposant sur les relations sociales. L'acte juridique s'exerce, bien entendu, sous la direction des règles de droit existantes. Mais il est avant tout né d'un besoin de vie sociale, non d'une disposition du droit. Les contractants doivent établir leurs prévisions légitimes sur les conséquences juridiques provoquées par leur acte juridique. Mais également, le législateur doit avoir ses prévisions sur les besoins en développement du citoyen dans la vie sociale. En tant qu'interprète du droit positif, le juge peut, en cas d'ambiguïté des règles édictées par le législateur face à une nouvelle relation sociale, prolonger les prévisions du législateur au recours des principes fondamentaux du droit. Cette prolongation se réalise souvent par une interprétation créatrice de loi au détriment de la stabilité de l'application des règles de droit. Cette nouvelle interprétation ruine incontestablement la sécurité des normes qui nous habituent à nous soumettre à son orientation. Pourtant, elle peut retrouver le soutien dans les principes fondamentaux du droit. Autrement dit, la nouvelle relation sociale entraîne une incohérence entre l'application habituelle de certaines normes existantes et l'esprit du principe fondamental du droit. Quand la liberté formelle trahit la justice que nous poursuivons, la préconisation de sécurité juridique s'avère hypocrite.

⁹⁴⁸ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, thèse Paris II, 2006, p. 233, cit. par Y. LEQUETTE, *eod. loc.*, p. 267.

⁹⁴⁹ Voir D. MAZEAUD, Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, in *La nouvelle crise du contrat*, sous dir. de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, éd. Dalloz, 2003, p. 142-143 ; même auteur, *Le nouvel ordre contractuel*, *RDC*, oct. 2003, n° 13.

En matière de sécurité juridique subjective, le sentiment d'insécurité juridique est issu soit de l'inconnaissance des règles de droit objectif, soit de l'instabilité du droit objectif lui-même. Dans ces deux cas, les sujets de droit peuvent difficilement établir leurs prévisions juridiques, car l'inconnaissance du droit provient généralement de l'inaccessibilité du droit, et l'instabilité du droit objectif participe de l'imprévisibilité juridique provoquée par l'insécurité juridique objective. Pour Cornu, la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » a, comme corollaire linguistique, imposé également le « devoir d'être claire⁹⁵⁰ » à la loi. Par la décision n° 99-421 DC de 1996, le Conseil constitutionnel a affirmé l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi comme un objectif de valeur constitutionnelle en France⁹⁵¹.

En ce qui concerne le contrat, la loi contractuelle convenue par les parties doit-elle, comme le droit positif, correspondre à l'exigence constitutionnelle précédente ? Logiquement, la sauvegarde de l'objectif de valeur constitutionnelle dépend de la procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois. Mais, la loi contractuelle n'entre pas dans le champ du contrôle de constitutionnalité, même si l'article 1134, alinéa 1 du Code civil français, lui confère la force obligatoire équivalente à la loi. Malgré l'absence de fondement impératif légal, le problème de sécurité juridique en droit privé provoque toutefois le débat sur la sécurité contractuelle⁹⁵². L'accessibilité de la loi contractuelle peut obtenir le soutien théorique de la doctrine sur l'accessibilité du droit, divisée en deux aspects : l'accessibilité matérielle des règles et l'accessibilité intellectuelle⁹⁵³. En pratique, les droits spéciaux, notamment le droit de la consommation⁹⁵⁴ et le droit des assurances⁹⁵⁵, imposent aux contractants

⁹⁵⁰ G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd. Montchrestien, 2005, n° 6, p. 24.

⁹⁵¹ Voir Conseil cons., 16 déc. 1996, *JO* 22 déc. 1999, p. 19041.

⁹⁵² Voir Ph. MALAURIE, note sous Cass. Com., 27 fév. 1996, *D.* 1996, p. 520.

⁹⁵³ Th. PIAZZON, *thèse, op. préc.*, n° 13, p. 18 ; voir aussi G. NICOLAU, *Inaccessible droit !*, *RRJ* 1998, p. 15 et s. ; N. MOLFESSIS, *La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit*, *RTD civ.* 2000, p. 662 et s.

⁹⁵⁴ Voir par ex., art. L. 113-3, al. 1 du C. consom., stipulant que « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation ».

⁹⁵⁵ Voir art. L. 112-2, C. assu., stipulant que « L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat (al. 1). Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré. Les documents remis au preneur d'assurance précisent la loi qui est applicable au contrat si celle-ci n'est pas la loi française, les modalités d'examen des réclamations

professionnels, vendeurs de biens ou prestataires de services, une obligation de clairement expliquer les clauses contractuelles stipulées par eux-mêmes et avertir leurs cocontractants consommateurs ou assurés de certaines clauses importantes concernant l'exonération ou la limitation de leurs responsabilités. En tant que remède ultime, l'article 1162 du Code civil français affirme que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Par ailleurs, différente de la sécurité juridique normale, comme les contractants sont à la fois les participants du jeu des règles contractuelles et les maîtres de ces règles (au moins en apparence), la sécurité contractuelle concerne non seulement la loi contractuelle elle-même, mais aussi les fondements matériels de l'édiction de la loi contractuelle. Sans prévisions reposant sur les éléments matériels de la transaction, il est impossible pour les contractants d'édicter leurs règles autonomes. En pratique judiciaire, imposant au professionnel une obligation précontractuelle de renseignement, de mise en garde ou de conseil, le juge est justement dans la considération de l'accessibilité de la loi contractuelle pour la part du contractant profane ou non-professionnel.

La loi contractuelle semble stable, parce qu'elle est bien fixée au moment de la conclusion du contrat. Cependant, l'effet de la loi contractuelle rencontre souvent des problèmes de réduction dans l'exécution du contrat, ce qui constitue en apparence une insécurité contractuelle. En fait, la conclusion est assez nuancée si l'on analyse les circonstances concrètes de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse du contrat. Quand le débiteur est de mauvaise foi ou commet une négligence inexcusable dans l'exécution de ses obligations contractuelles, il constitue une atteinte à la sécurité contractuelle. Toutefois, les circonstances sont plus compliquées. À cause de la

qu'il peut formuler au sujet du contrat, y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice, ainsi que l'adresse du siège social et, le cas échéant, de la succursale qui se propose d'accorder la couverture. Avant la conclusion d'un contrat comportant des garanties de responsabilité, l'assureur remet à l'assuré une fiche d'information, dont le modèle est fixé par arrêté, décrivant le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par le fait dommageable, le fonctionnement dans le temps des garanties déclenchées par la réclamation, ainsi que les conséquences de la succession de contrats ayant des modes de déclenchement différents ».

fluidité des éléments matériels de la transaction, les contractants ne peuvent pas souvent établir leurs prévisions suffisantes sur l'avenir du contrat. La loi contractuelle est donc imparfaite. Elle a besoin du supplément de la loi, de l'usage, de l'équité et encore du critère de bonne foi. Ce complément de règles est sans doute opéré par les juges afin de sauvegarder la sécurité des attentes raisonnables des contractants et à réaliser le but du contrat. Au regard du fondement des règles précédentes, l'intervention du juge dans le contrat ne rime pas avec insécurité juridique⁹⁵⁶. Selon M. L. Aynès, la bonne foi « est le prolongement, et non la limite, de la force obligatoire, un devoir de cohérence dans la durée, destinée à donner au contrat sa pleine efficacité⁹⁵⁷ ». Comme l'a énoncé M. D. Mazeaud, « la sécurité juridique a tout à gagner de la consécration de notre devise en droit positif : 'bonne foi et sécurité juridique, même combat !'⁹⁵⁸ ».

Quant à l'imprévision, la juridiction civile porte toujours une position négative de principe en interdisant au juge de réviser le contenu du contrat prévu par les parties, même si la juridiction administrative a déjà consacré la théorie de l'imprévision par le grand arrêt du Conseil d'État, « Gaz de Bordeaux »⁹⁵⁹. Pourtant, lorsqu'un événement extérieur et étranger à la volonté des contractants, notamment une crise économique ou monétaire, provoque que l'exécution des obligations contractuelles puisse être exclusivement onéreuse pour une des parties, les prévisions légitimes des contractants sont ruinées ; la loi contractuelle établie lors de la conclusion du contrat ne peut plus assurer la réalisation du but initial du contrat. Autrement dit, la base matérielle des prévisions des contractants dans la transaction initiale n'existe plus. Dans ce cas, la sécurité juridique (ou contractuelle) initiale est déjà détruite par le changement brutal de l'environnement extérieur de l'exécution du contrat, et la loi contractuelle initiale sur papier a perdu sa légitimité pour les parties. Si l'on maintient encore l'effet de la loi contractuelle qui repose sur les anciennes prévisions et sur les éléments matériels actuellement disparus, la conséquence de l'exécution du contrat non seulement porte atteinte aux prévisions (ou attentes) initiales des parties, mais trahit aussi la justice contractuelle. Comme l'a dit M.

⁹⁵⁶ Dans le même sens, voir D. MAZEAUD, *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, op. préc.*, n° 6, p.59 ; même auteur, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. préc.*, n° 27, p. 629.

⁹⁵⁷ L. AYNES, Le devoir de renégocier, *RJ com.*, nov. 1999, n° spécial, n° 26, p. 19.

⁹⁵⁸ D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *eod. loc.*

⁹⁵⁹ C. E., 9 déc. 1932, Cie des Tramways de Cherbourg, *DP* 1933.3.17.

Mazeud, « le juriste, conservateur par essence et par fonction, éprouve beaucoup de difficulté à s'évader de la prison de papier dans laquelle il se sent en sécurité⁹⁶⁰ ». Pour sauver les attentes raisonnables des contractants, le juge doit intervenir dans cette situation difficile du contrat. À ce moment, comme l'a indiqué M^{me} Muir Watt, « la solidarité entre contractants [est] plus importante que le maintien des droits initialement acquis », et « le souci de maintenir la relation l'emporte sur la nécessité d'y mettre fin⁹⁶¹ ». Une révision judiciaire du contenu du contrat est-elle alors une menace ou un remède pour imprévisibilité contractuelle et pour sécurité juridique ? Bien entendu, c'est le remède.

L'insécurité juridique subjective se présente formellement comme une réaction mentale d'inquiétude à l'environnement juridique inconnu ou instable. Elle est essentiellement une crise de croyance juridique ou de confiance envers l'autorité publique. D'une part, si les règles de droit ne peuvent pas orienter les actes juridiques des sujets de droit, les individus abandonnent probablement leurs comportements donnés dans le souci d'insécurité juridique⁹⁶². D'autre part, si l'effet des règles convenues par les individus obtient difficilement la consécration stable et permanente du droit, certains contractants n'exécutent pas sérieusement leurs obligations contractuelles en espérant l'exonération du droit⁹⁶³. **En réalité, la plus grave crise de sécurité juridique implique que les règles de droit ne correspondent plus au besoin de la vie sociale de l'individu.** Les membres de la société civile agissent sans tenir compte de l'orientation du droit et ne recourent pas plus au droit en cas de contestation ou de conflit d'intérêts. Quand le droit est mis au rebut, il perd l'intérêt et la valeur de son existence. En micro-vision, lorsque la loi contractuelle ne peut plus réaliser les prévisions légitimes des contractants, sa force obligatoire n'a plus le fondement d'éthique contractuelle – la justice. En macro-vision, si l'évolution du droit correspond au progrès social de l'humain, ce double mouvement réciproque fournit aux citoyens un sentiment éternel de sécurité. Comme l'a démontré M. P.

⁹⁶⁰ D. MAZEAUD, *Liberté contractuelle et sécurité juridique*, Rapport de synthèse présenté au 94^e Congrès des notaires, Defrénois, 15 oct. 1998, p. 1143.

⁹⁶¹ H. MUIR WATT, *Du contrat « relationnel »*, in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant 1999, t. IV, éd. LGDJ, 2000, p. 175.

⁹⁶² Voir D. MAZEAUD, *Liberté contractuelle et sécurité juridique*, *op. préc.*, p. 1140, indiquant « le droit de ne plus contracter ».

⁹⁶³ Voir Ph. MALAURIE, *Le Code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte*, *JCP* 2002, I, n° 15, disant que « le risque majeur que connaît le contrat est l'inexécution de l'obligation tenant à l'insolvabilité et à la malhonnêteté du débiteur ».

Roubier, le droit repose sur trois valeurs sociales : la sécurité, la justice et le progrès dont la justice forme la finalité principale du droit ⁹⁶⁴. Le progrès peut être aussi envisagé comme une composante particulière de la justice⁹⁶⁵. La relation entre sécurité et progrès est dialectique et inséparable.

Le solidarisme contractuel est une synthèse idéologique des rénovations et des innovations des règles de droit en matière contractuelle. Ces rénovations et ces innovations représentent la conformité de l'évolution du droit des contrats avec le progrès social. Cette conformité dynamique correspond sans doute à l'exigence de sécurité juridique. Les juristes qui s'inquiètent du danger du solidarisme contractuel à la sécurité juridique⁹⁶⁶, ne comprennent pas que le progrès est justement l'issue imparable de la sécurité juridique. La question de sécurité juridique fournit un champ pour la polémique brûlante entre deux idéologies contractuelles différentes où l'individualisme et le solidarisme contractuels s'opposent. Selon M. Jestaz, « la sécurité juridique constitue certes un bien précieux, mais le mythe de la sécurité à tout prix et par-dessus tout n'est trop souvent que l'alibi du conservatisme le plus épais⁹⁶⁷ ». Envisageant l'individualisme contractuel qui apporte l'arme de sécurité juridique, le solidarisme contractuel recourt au talisman de la justice contractuelle. Comme l'indique M. Chazal, « la question du conflit entre la sécurité et la justice contractuelles n'est point technique, mais philosophique », et « la seule sécurité juridique admissible est donc celle qui se fonde harmonieusement dans la justice⁹⁶⁸ ». Mettant provisoirement de côté la polémique philosophique, nous contestons encore le maintien intangible de la loi contractuelle prévue par les parties. Car cette idéologie individualiste sclérosée « méconnaît le mouvement de la vie⁹⁶⁹ ».

L'intervention du juge dans le contrat n'est pas une chose terrible, ce que les individualistes annoncent comme une hypothèse irréaliste. En fait, la correction du

⁹⁶⁴ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd. Sirey, 1951, n° 75.

⁹⁶⁵ *Eod. loc.*

⁹⁶⁶ Voir par ex., Th. PIAZZON, *thèse, op. préc.*, n° 151, p. 295, disant qu'« il est d'ailleurs assez étrange de soutenir que le 'solidarisme' contractuel pour lequel on plaide n'est pas dangereux pour la sécurité juridique précisément pour cette raison que le juge n'en applique que très partiellement les solutions ! ».

⁹⁶⁷ Ph. JESTAZ, Synthèse, in *Les divergences de jurisprudence*, sous la dir. de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 355.

⁹⁶⁸ J.-P. CHAZAL, Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?, in *La nouvelle crise du contrat*, sous dir. de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, éd. Dalloz, 2003, p. 123 et 126.

⁹⁶⁹ G. MORIN, *La révolte des faits contrat le Code*, éd. Grasset, 1920, p. 131.

contrat repose toutefois sur les fondements légaux consacrés par le législateur ou par la Cour de cassation.

Chapitre II. Fondements légaux de la correction judiciaire du contrat

Le droit commun français des contrats ne donne pas expressément d'indication sur la correction du contrat. La possibilité d'une correction judiciaire existe en réalité dans divers régimes contractuels consacrés par le droit positif. En premier lieu, certaines notions classiques dans le Code civil sont utilisables pour l'exercice de la correction du contrat, par exemple, le réputé non écrit, la cause, l'équité et la bonne foi. En second lieu, les droits spéciaux des contrats confirment amplement les nouveaux régimes liés avec la correction du contrat, par exemple, la clause abusive et la convention collective. Enfin, la jurisprudence a créé plusieurs règles de correction dans diverses circonstances concrètes.

Pour analyser complètement les fondements légaux de la correction du contrat, dont l'interprétation du contrat joue un rôle important, la discussion sur ce sujet se divisera en deux parties : la défaillance partielle de l'effet du contrat (Section 1) et la révision judiciaire (Section 2).

Section 1. Défaillance partielle de l'effet du contrat⁹⁷⁰ et interprétation du contrat

Le Code Napoléon ne fournit aux juristes ni un régime complet ni une théorie générale des nullités des actes juridiques. Selon la doctrine dominante, la nullité du contrat provient de la violation des conditions impératives de validité des contrats⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ La nullité partielle du contrat provoque souvent une lacune des clauses contractuelles initiales. Afin de la combler, le juge cherche en général à effectuer une interprétation constructive au contenu du contrat. Comme cette interprétation constructive destinée à combler les lacunes du contrat a été précédemment discutée dans l'étude présente, nous ne traitons plus ce genre de questions ici.

⁹⁷¹ Voir par ex., M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations, op. préc.*, p. 432 ; voir aussi, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd. Defrénois, 2009, p. 333, en indiquant que la nullité d'un contrat « tient à

Ce point de vue peut facilement trouver ses fondements légaux dans le Code civil (Livre III, Titre III, Chapitre II). De plus, l'article 1172 du Code civil énonce clairement le principe de nullité de plein droit du contrat⁹⁷² : « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ».

En ce qui concerne la nullité partielle du contrat, aucune disposition ne la traite explicitement dans le Code civil. En revanche, la jurisprudence comble cette lacune législative du droit commun des contrats en s'inspirant de l'esprit de l'article 900 du Code civil. Fixé dans le titre voisin du régime des contrats, cet article 900 stipule que « dans toute disposition entre vifs ou testamentaires, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ». Même si cet article législatif ne vise que les actes à titre gratuit, son esprit fournit cependant une solution légitime et efficace au maintien du lien contractuel. Avec intelligence, les juges recourent d'abord à la notion de cause pour donner une exception de la mise en œuvre de l'article 900. Dans un arrêt de 1827, la Cour de Pau a annulé une donation car les conditions non-remplies constituaient la « cause impulsive et déterminante » des donateurs⁹⁷³. Dans ce cas, le juge appliquait en réalité au litige l'esprit de l'article 1172 du Code civil. Depuis, la juridiction n'a pas hésité à rendre de multiples arrêts⁹⁷⁴, ayant tendance à « concilier ces deux textes [légaux] apparemment contradictoires »⁹⁷⁵. Afin d'éviter la contradiction entre les articles 900 et 1172, les juges se sont davantage appuyés sur l'article 1172 en insistant sur le mot « dépend ». Avec la même logique, si la clause viciée ne constitue pas la condition essentielle et déterminante de la validité d'un contrat, la sanction de nullité n'est appliquée qu'à cette clause elle-même⁹⁷⁶. Gommant la frontière entre l'acte à titre

l'irrégularité ou à l'absence de ses conditions de formation » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations, I. L'acte juridique*, 13^e éd. Sirey, 2008, n° 322, en indiquant que la nullité « sanctionne l'inobservation d'une des conditions prescrites par la loi pour la formation du contrat : donc, une irrégularité commise au moment même de cette formation ».

⁹⁷² Pour une explication historique de cette règle, voir par ex., J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *eod. loc.*, n° 358.

⁹⁷³ Pau, 2 janvier 1827, *Sirey* 1825-1827.II.305, cité par Ph. SIMLER, in *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Strasbourg, éd. LGDJ, 1969, p. 314.

⁹⁷⁴ Voir par ex. : Req., 3 juin 1863, *DP* 63.1.429 ; Cass. civ., 22 mai 1951, *JCP* 1952.II.6416, note CAVARROC ; Cass. 3^e civ., 15 avril 1980, *Bull. civ.* III, n° 73, p. 53 ; Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1983, *Bull. civ.* I, n° 100, p. 88 ; Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 31, *JCP* 2001.I.330, obs. J. ROCHFELD ; Cass. 3^e civ., 24 avril 2003, *D.* 2004. 450, notes S. CHASSAGNARD, *RDC* 2003, p. 42, obs. D. MAZEAUD.

⁹⁷⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *eod. loc.*, n° 718.

⁹⁷⁶ Voir par ex. : Req., 12 déc. 1945, *GP* 1946.I, Table, v° Paiement, n° 1 ; Amiens, 28 juillet 1961, *D.* 1961, p. 726, *RTD civ.*, 1962, p. 356 ; Cass. 3^e civ., 13 févr. 1969, *JCP* 1969. II. 15942, 2^e espèce, note LÉVY ; 6 juin 1972, *D.* 1973. 151, note Ph. MALAURIE.

gratuit et l'acte à titre onéreux, avec une analyse psychologique des auteurs des actes juridiques, la jurisprudence a généralisé le régime de nullité partielle et la théorie de cause dans tous les actes juridiques. De plus, cette innovation jurisprudentielle entraîne une évolution de subjectivation de la théorie de cause.

Pourtant, l'article 900 du Code civil n'a jamais utilisé le terme « nullité partielle », mais a préféré l'expression « réputé non écrit ». Des auteurs préconisent d'affecter à cette dernière une qualité autonome de l'autorisation juridictionnelle, c'est-à-dire « une sanction qui opère d'elle-même⁹⁷⁷ ». Par rapport au terme « nullité partielle » abstrait, l'expression « réputé non écrit » est concret et clair. Il est largement employé dans les droits spéciaux contemporains des contrats.

Historiquement, il est très difficile de retrouver les origines de la création du procédé du réputé non écrit et les raisons spécifiques de son usage. Les contributions des jurisconsultes⁹⁷⁸ permettent de constater que ce procédé est un des héritages du droit romain pour le droit d'aujourd'hui. Le domaine d'application de ce procédé a progressivement amplifié les institutions héritières du droit romain à tous les actes à titre gratuit de l'époque de la Révolution française. L'article 900 du Code civil traduit fidèlement le fruit et l'esprit de la Révolution en cette matière. Or, l'évolution jurisprudentielle postérieure au Code civil ne tient plus compte ni du respect de la croyance religieuse relatif au testament *de cujus*, ni de l'urgence d'une déclaration politique des valeurs fondamentales. Les juges privilégient en effet une considération de l'efficacité économique, de l'ordre public économique et l'équilibre contractuel. De plus, les droits spéciaux des contrats, dont les codes spéciaux et les lois concernées, emploient largement le procédé de réputer non écrite une clause, une condition ou une disposition dans les buts législatifs multiples⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. de Y. LEQUETTE, éd. Economica, 2006, n° 129-n° 141, p. 72-80; pour les opinions pareilles, voir aussi G. PIETTE, *thèse, préc.*, n° 1055-n° 1069 ; J. KULLMANN, Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D.* 1993. chr. 59 ; V. COTTEREAU, La clause réputée non écrite, *JCP* 1993. I. 3691 ; R. BAILLOD, *À propos des clauses réputées non écrites*, in Mélanges dédiés à L. Boyer, éd. Presse universitaire de Toulouse, 1996, p. 15 ; J.-F. ARTZ, Les clauses réputées non écrites en droit de la copropriété- ou le domaine respectif des articles 42, alinéa 2, et 43 de la loi du 10 juillet 1965, in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Études de droit de la consommation, éd. Dalloz, 2004, p. 29.

⁹⁷⁸ Voir par ex. : C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, éd. Cotillon et Fils, Paris, 1872, n° 325 ; G. LEPELLETIER, *Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs en droit romain ou en droit français*, thèse Paris, éd. Saint-Quentin-Imprimerie J. Moureau, 1889, p. III ; A. OTELELSANU, *Effets de la condition impossible, illicite et contraire aux mœurs dans les actes à titre gratuit*, thèse Paris, éd. Jouve, 1910, p.62 ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. de Y. LEQUETTE, éd. Economica, 2006, n° 35 -n°43.

⁹⁷⁹ Voir par ex. : l'article L. 121-16 du Code des assurances, l'article L. 221-7 du Code de commerce, l'article L. 132-1 du Code de la consommation, l'article L. 122-42 du Code du travail, l'article 43 de la Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le

L'utilisation du procédé du réputé non écrit consiste sans doute à fournir un traitement exceptionnel distinct de la nullité intégrale de droit. Autrement dit, le réputé non écrit ne peut pas participer à la nullité des actes juridiques. Pourtant, dans tous les enseignements sur le procédé du réputé non écrit, on voit toujours une ombre du concept de nullité partielle qui constitue également une exception de la nullité intégrale des actes juridiques. Même les auteurs qui préconisent l'autonomie du procédé du réputé non écrit par rapport à d'autres procédés de sanction des actes juridiques viciés, ne peuvent pas nier une confusion d'usage entre une clause réputée non écrite et une clause nulle, tant dans les textes légaux que dans les jurisprudences⁹⁸⁰. Pour obtenir une connaissance exacte au procédé du réputé non écrit, il est nécessaire d'analyser sa nature (§ 1) et son rôle (§ 2).

§ 1. Nature du réputé non écrit en droit contemporain des contrats

Fiction ou réalité ? Réputer non écrite une clause constitue littéralement, en soi, une fiction. Une clause apparaît matériellement dans le texte, mais elle est juridiquement censée n'avoir pas été stipulée⁹⁸¹. Naturellement, beaucoup d'auteurs regardent la clause réputée non écrite comme une approche de la conception de l'inexistence d'un acte juridique, c'est-à-dire une fiction de droit opposée à la réalité matérielle⁹⁸². La Cour de cassation a déjà constaté ce traitement, tant technique que conceptuel, dans certaines jurisprudences où les clauses illicites sont censées « n'avoir jamais été rédigées⁹⁸³ ». Comme l'a exprimé M. J. Kullmann, « tous les textes qui réputent une clause non écrite devraient en effet être compris comme lui

statut de la copropriété des immeubles bâtis, l'article 34 de la Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, l'article 7 de la Loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives et l'article 7 de la Loi n° 2000-627 du 6 juillet 2000 modifiant la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives.

⁹⁸⁰ Voir par ex.: G. PIETTE, *op. préc.*, n° 1047-n° 1053 ; S. GAUDEMET, *op. préc.*, n° 15 et n° 16.

⁹⁸¹ Cf. G. CORNU, Non écrit, in *Vocabulaire juridique*, Asso. Henri Capitant, éd. puf, 2007.

⁹⁸² Voir par ex. : J. CARBONNIER, *Droit civil : les biens, les obligations*, Vol. II, éd. puf, 2004, n° 1019 et n°1024, p. 2096 et 2103 ; J. KULLMANN, Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D.* 1993. chr. p. 60-63 ; G. PIETTE, *op. préc.*, n° 1057 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution de l'analyse de l'acte juridique*, préf. de J. AMIEL-DONAT, éd. LGDJ, 1997, p. 31.

⁹⁸³ Cass. civ. 3^e, 2 déc. 1987, *Bull. civ.* III, n° 198 ; *D.* 1987.IR.255 ; voir aussi Cass. civ. 3^e, 9 mars 1988, *D.* 1989. 143, note C. ATIAS ; Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1991, *D.* 1993. 508, note Collet ; Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1999, *JCP* 2000. II 10236, éd. N, 2000. 559, note BILLIAU.

refusant toute réalité, ce qui équivaut à nier de façon radicale qu'un consentement ait pu être émis à son propos⁹⁸⁴ ».

La conception de l'inexistence est née d'un débat profond sur le mariage entre personnes de même sexe⁹⁸⁵. D'une part, la prononciation de la nullité doit, en tant que sanction la plus sévère, avoir un fondement légal clair et direct, autrement dit, « pas de nullité sans texte ». En cas d'absence de fondement légal écrit, le droit est encore chargé de fournir une autre solution afin d'écartier les faits contraires aux mœurs. D'autre part, les comportements n'ayant pas suffisamment rempli certaines conditions de formation exigées par une qualification juridique, ils peuvent être censés constituer un néant juridique⁹⁸⁶. Depuis le dernier quart du XIX^e siècle, de nombreux juristes ont progressivement accepté la conception de l'inexistence qui est devenue une théorie concernant tous les actes juridiques, dont les contrats⁹⁸⁷. Les experts juridiques de l'époque ont cherché à distinguer les domaines d'application de l'inexistence et de la nullité en indiquant que l'acte inexistant manque d'« éléments de fait que suppose sa nature ou son objet⁹⁸⁸ », et que par contre, « l'acte nul, même absolument, a du moins la valeur d'une manifestation de volonté ; il est incorrect, inadmissible, mais il est⁹⁸⁹ ». De plus, l'influence de la théorie de l'inexistence est bien apparue dans les jurisprudences anciennes et contemporaines⁹⁹⁰. Cependant, comme la théorie de l'inexistence se confond souvent avec la théorie de la nullité, notamment en cas de nullité absolue, la majorité des juristes modernes ne tend pas à la conserver, mais embrasse plutôt le régime de la nullité en soulignant la nécessité de l'intervention du pouvoir judiciaire⁹⁹¹.

⁹⁸⁴ J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, op. préc., p. 61.

⁹⁸⁵ Sur ce débat, voir R. SALEILLES, *La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage - Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de révision du code civil*, Bull. de la société d'études législatives, 1911, p. 351.

⁹⁸⁶ Sur l'origine de l'idée du néant juridique en cette matière, voir C. DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, t. 3, éd. Auguste Durand, 1846, n° 240, p. 380 et 381.

⁹⁸⁷ Sur la théorie d'inexistence, voir F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XV, 3^e éd. Bruxelles-Paris, 1878, n° 452-457, p. 510-517 ; Ph. BOURGEON, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques du droit romain et en droit français*, thèse Dijon, 1885 ; J. PIZE, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse Lyon, éd. Arthur Rousseau, 1897 ; C. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 6^e éd. Marchal & Billard, par E. BARTIN, 1936, t. 1, p. 229 et s. ; G. COHENDY, *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public*, *RTD civ.*, 1914, 33 ; G. DURRY, *L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit civil français*, Travaux d'Asso. Henri Capitant, t. XIV 1962, p. 611 et s.

⁹⁸⁸ C. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, op. préc., 1936, t. 1, p. 230.

⁹⁸⁹ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 2^e éd. Sirey, 1932, n° 151, p. 199.

⁹⁹⁰ Voir par ex. : Req., 30 déc. 1902, S. 03.1.257 ; Cass. civ., 16 nov. 1932, S. 34.1.1 ; Cass. 3^e civ., 22 juin 1976, D. 77, 619, note DIENER ; Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1986, *RTD civ.*, 87, 535, note J. MESTRE.

⁹⁹¹ Voir par ex. : Ph. MALAURIE, n° 671 et n° 672 ; J. FLOUR, n° 326, p. 283.

Malgré les aspects négatifs, la conception de l'inexistence a toutefois des valeurs théoriques et pratiques en droit. Elle permet en effet, d'une part, de faire la distinction entre les conditions de formation du contrat et celles de validité du contrat par laquelle le régime d'offre-acceptation joue un rôle distinct du régime de validité du contrat. D'autre part, une frontière claire entre l'existence et l'inexistence du contrat permet d'encadrer l'interprétation du contrat, celle-ci s'applique à condition que le contrat existe, sans exiger la validité du contrat. L'absence d'un régime de formation du contrat dans le Code civil reflète justement la faiblesse de l'influence de la conception de l'inexistence sur le droit français. Mais heureusement, les avant-projets de réforme du droit des contrats ont tous créé le régime de l'offre-acceptation dans leurs textes. Même si la théorie classique de l'inexistence « paraît aujourd'hui, sinon abandonnée, du moins très fortement délaissée⁹⁹² », la conception de l'inexistence est inévitablement et implicitement admise dans la construction nouvelle du régime contractuel au grand moment de la réforme française du droit des contrats du XXI^e siècle. Comme l'a indiqué Carbonnier, « la théorie de l'inexistence a reçu un appui qu'il ne faut pas sous-estimer. (...) Le débat est loin d'être clos⁹⁹³ ». Carbonnier a pensé que les absences de consentement, d'objet, de cause et de forme exigée aux contrats solennels peuvent donner lieu à une qualification d'inexistence du contrat⁹⁹⁴.

Pour éclairer la nature juridique du réputé non écrit (C), il faut analyser tout d'abord la relation entre le réputé non écrit et l'inexistence (A), et puis étudier le rapport entre le procédé du réputé non écrit et la fiction (B).

A. Réputé non écrit et inexistence

Constatant un rapprochement entre le procédé du réputé non écrit et la théorie de l'inexistence, certains auteurs n'ont pas simplement assimilé le premier à la seconde. Comme ils l'ont révélé, l'acte inexistant « était lié à l'absence de l'un des éléments essentiels à sa formation⁹⁹⁵ », et « l'absence d'un élément essentiel du contrat avait objectivement empêché celui-ci d'accéder à la vie juridique. En constatant que l'acte

⁹⁹² G. PIETTE, *op. préc.*, n° 1058, p. 560.

⁹⁹³ J. CARBONNIER, *op. préc.*, n° 1024, p. 2103.

⁹⁹⁴ Voir *ibid.*, n° 1019, p. 2095.

⁹⁹⁵ J. KULLMANN, Remarques sur les clauses réputées non écrites, *op. préc.*, p. 59.

était inexistant, on ne travestissait pas la vérité⁹⁹⁶ ». Or, le procédé du réputé non écrit sert essentiellement à sanctionner une irrégularité de la stipulation réelle. Par recours à une fiction, la loi détermine impérativement le sort d'inexistence d'une clause, c'est-à-dire que le réputé non écrit participe d'une inexistence imposée et fictive, non de l'inexistence réelle que la théorie de l'inexistence envisageait⁹⁹⁷.

Cependant, si l'existence d'une clause écrite participe d'une réalité matérielle, l'existence d'un contrat ne s'identifie pas simplement à un texte écrit à titre de « contrat ». Précisément, l'absence du texte écrit n'empêche pas la formation d'un contrat virtuellement convenu par les parties, car le contrat est essentiellement la manifestation d'une présence intellectuelle, sauf que la loi exige du contrat une certaine forme visible. Or, la théorie de l'inexistence n'envisage qu'un état intellectuel de l'acte qui ne remplit pas les conditions de la qualification juridique d'un contrat.

Force est de savoir si une clause réputée non écrite peut apparaître sous forme virtuelle. Évidemment, la réponse est en principe positive, puisque le contrat peut être oral ou électronique. Alors, réputer non écrite une clause contractuelle illicite, oralement convenue par les parties, semble en apparence être une expression vaine, parce que cette clause n'a jamais en réalité été écrite sur le papier. Pour obtenir une interprétation raisonnable, il faut dégager la signification véritable du sens apparent du réputé non écrit. Constatant que réputer une clause non écrite ne repose pas nécessairement sur une clause écrite, l'on peut clairement trouver le but que ce procédé légal poursuit : faire disparaître l'effet d'une clause illicite, immorale ou irréaliste.

La disparition n'est pas une inexistence originale, même si ces circonstances tendent toutes les deux à refuser l'effet d'une clause. Sans aucun doute, la clause réputée non écrite se fonde nécessairement sur un acte juridique intellectuellement existant. Le phénomène paraît étrange : le contrat est légalement formé et existant, mais une de ses clauses composantes ne peut pas exister. Ayant recours à

⁹⁹⁶ *Eod. loc.*

⁹⁹⁷ Sur cette opinion, voir C. HANNOUN, Remarques sur la prescription de l'action de nullité en droit des sociétés, *RDS*, 1991, p. 45 et s. ; O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. de P. ANCEL, éd. PUAM, 1999, n° 118 - n° 120.

l'interprétation subjective du contrat, une solution raisonnable vise à constater que « cette clause [viciée] n'est jamais entrée dans le champ contractuel⁹⁹⁸ », c'est-à-dire qu'elle n'était pas convenue par les parties au moment de la conclusion du contrat. Cependant, cette solution semble parfois divinatoire devant la signature claire des contractants, sauf que l'on pourrait effectivement justifier l'inexistence de la rencontre des volontés ou les vices de consentement consacrés par la loi. De plus, cette interprétation subjective du fait contractuel ne fonde plus le procédé du réputé non écrit sur le fondement légal traditionnel, l'article 900 du Code civil. Précisément, elle ne regarde pas les conditions légales de l'application du procédé du réputé non écrit, dispositions impossibles, illicites et immorales, mais recourt à une analyse psychologique. Or, ces conditions légales paraissent plus objectives.

L'interprétation subjective sur l'inexistence d'une clause contractuelle limite en effet l'étendue de l'application du procédé du réputé non écrit. Car une clause illicite doit être réputée non écrite, même si elle est bien entrée dans le champ contractuel. Comme l'inexistence du contrat ou de la clause contractuelle repose en théorie sur l'absence d'une rencontre véritable de la volonté des parties contractantes, le réputé non écrit ne peut pas, tant conceptuellement que techniquement, être équivalent à l'inexistence.

Faire disparaître une clause implique justement une annulation prononcée d'office par le juge sous habilitation du législateur. Peu importe que la clause soit écrite sur le papier ou non, la loi cherche pour objectif à priver l'effet contraignant de la clause illicite plutôt qu'à nier son existence intellectuelle ou matérielle. En ce sens, l'expression du réputé non écrit ne reflète qu'un style de langage littéraire français comportant une esthétique traditionnelle. Sa nature n'a rien à voir avec le non écrit ou l'inexistence.

B. Réputé non écrit et fiction

Comme le réputé non écrit présente une apparence littérale de fiction, il devient un des objets de la recherche sur la fiction juridique. M. G. Wicker a, dans sa thèse brillante, indiqué que « la fiction [venant du réputé non écrit] tient seulement à la

⁹⁹⁸ J. ROCHFELD, *Cause et type du contrat*, préf. de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 1999, n° 445, p. 399.

méconnaissance des données matérielles, ce qui exclut qu'elle soit qualifiée de fiction juridique⁹⁹⁹ ». S'inspirant de l'idée de M. J. Dabin¹⁰⁰⁰, cet auteur distingue les fictions-règles des fictions juridiques. Les premières désignent les fictions dans lesquelles « la règle [est] jugée contraire, ou du moins inadéquate, à la réalité matérielle¹⁰⁰¹ ». De plus, « la fiction juridique traduit un jugement porté, non plus sur la règle elle-même, mais sur les rapports qu'elle entretient avec l'ensemble des autres règles. Il s'agit d'apprécier, non sa conformité à la réalité matérielle, mais sa compatibilité avec la réalité juridique. ... celle issue de la construction juridique élaborée à partir des concepts communément reçus¹⁰⁰² » En ce sens, le procédé du réputé non écrit semble participer d'une fiction-règle.

Cependant, comme nous l'avons démontré précédemment, en tant que règle légale, le réputé non écrit ne repose nécessairement ni sur une apparence écrite, ni sur une constatation virtuelle de l'inexistence d'une commune intention des parties. Il n'y a donc pas lieu de discuter la relation opposée ou inadéquate entre le procédé du réputé non écrit et la réalité matérielle. À l'opposé, un contrat légalement formé par les parties constitue en soi une réalité juridique. Réputer non écrite une de ses clauses est en effet inadéquat à cette réalité juridique. De plus, le procédé du réputé non écrit présente une légitimité et une nécessité au regard de la cohérence intégrale du système de règles du droit des contrats¹⁰⁰³. Ces caractères du réputé non écrit se rapprochent en effet de ceux de la fiction juridique.

Il faut alors remettre en question la définition de la fiction juridique proposée par M. Wicker. D'une part, en tant que construction intellectuelle, la réalité juridique apparaît partout en droit. Elle ne peut pas fournir à la fiction juridique une caractéristique particulière suffisamment distincte des autres procédés juridiques. Or, l'objet de la fiction juridique est en réalité la qualification légale d'un phénomène juridique. L'opération de fiction change la qualification originale d'un certain phénomène juridique. Du fait que le réputé non écrit ne concerne pas essentiellement

⁹⁹⁹ G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution de l'analyse de l'acte juridique*, préf. de J. AMIEL-DONAT, éd. LGDJ, 1997, p. 31.

¹⁰⁰⁰ J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Paris, éd. Sirey, 1935, p. 325 et s.

¹⁰⁰¹ G. WICKER, *eod. loc.*, n° 2.1.

¹⁰⁰² *Ibid.*, n° 2.2 ; voir aussi, R. HOUIN, Rapport, in *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de L'Asso. Henri CAPITANT, t. III, 1947, éd. Dalloz, 1948, p. 243.

¹⁰⁰³ Voir S. GAUDEMET, *op. préc.*, p. 223 et s. ; J. ROCHFELD, *Cause et type du contrat, op. préc.*, n° 442, p.395.

le changement de la qualification originale du phénomène juridique, il ne constitue donc pas une fiction juridique.

La conclusion de l'argumentation ci-dessus peut, dans la doctrine, justifier une observation posée par M^{me} S. Gaudemet. Malgré l'apparence de la fiction littérale du réputé non écrit, cet auteur ne pense pas que cette expression constitue effectivement une fiction opposée aux réalités matérielles et juridiques¹⁰⁰⁴. Selon elle, « réputer non écrite une clause, c'est en dénier non pas l'existence matérielle mais la valeur juridique. ... Il s'agit de reconnaître que la clause figure bien dans l'acte, mais qu'elle y est dépourvue de valeur contraignante : la réputer non écrite, c'est la réputer ne pas lier les parties à l'acte, et cela de plein droit¹⁰⁰⁵ ». En effet, cet auteur ne considère le réputé non écrit que comme une métaphore littérale. Réputer non écrite une clause implique seulement que le droit prive une clause existante de force obligatoire. M^{me} Gaudemet pense également que « la clause réputée non écrite paraît difficilement pouvoir être analysée comme une fiction¹⁰⁰⁶ ». Le procédé du réputé non écrit ne contrevient pas non seulement à la réalité juridique reposant sur la conception classique de l'autonomie de la volonté, mais aussi à la réalité juridique reposant sur la conception moderne de l'autonomie de la volonté selon laquelle « la loi et le juge disposent de doser le potentiel obligatoire du contrat¹⁰⁰⁷ ».

Même si nous nous rapprochons du point de vue de M^{me} Gaudemet, nous ne pouvons pas ignorer l'opposition entre la conception classique de l'autonomie de la volonté et la conception moderne du contrat dans la discussion sur la nature juridique du procédé du réputé non écrit. Ici, il y a une question à poser : le fait de réputer non écrite une clause repose-t-il sur la recherche de la commune intention des parties ? Selon la conception classique de l'autonomie de la volonté, la réponse est absolument positive. Or, selon la conception moderne de l'autonomie de la volonté¹⁰⁰⁸, la réponse est double : d'une part, elle souligne comme principe que les clauses réputées non écrites n'ont pas été véritablement convenues par les parties ; d'autre part, elle accepte, sous réserve du respect de la volonté des parties, le contrôle souple du juge.

¹⁰⁰⁴ Voir S. GAUDEMET, *op. préc.*, n° 11, n° 12 et n° 139.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, n° 12.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, n° 10, p. 6.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, n° 11, p. 7 ; la phrase originale citée vient de la thèse de G. WICKER, *op. préc.*, n° 20, p. 32.

En cas de silence du texte du contrat, le juge doit, selon la volonté supposée, reconstituée ou présumée des parties, contrôler l'équilibre contractuel. Si l'autonomie de la volonté doit régner sur toutes les opérations judiciaires du contrat, le procédé du réputé non écrit repose sur la recherche de la commune intention des parties. Cependant, comme l'a révélé Carbonnier, l'autonomie de la volonté participant d'une conception de la philosophie juridique, « cette théorie a marqué le Code civil, en harmonie avec l'idéologie individualiste de 1804. Notre époque, à l'opposé, a fortement réagi contre elle, et c'est un des aspects de la socialisation du droit civil. »¹⁰⁰⁹. Alors, aujourd'hui, la conception de l'autonomie de la volonté ne peut plus représenter toute la situation du développement du droit civil moderne, même s'il y a encore des conceptions variées et tempérées du volontarisme pur. Pour sauvegarder l'efficacité réelle et la justice de fond de l'échange économique et protéger les droits fondamentaux de l'homme dans la vie sociale, l'interventionnisme législatif et judiciaire devient actuellement le signe général de la tendance du développement du droit des contrats, dont le solidarisme contractuel en doctrine est le plus remarquable.

Malgré l'opposition évidente entre volontarisme et solidarisme contractuels, le procédé du réputé non écrit, en tant que terme classique du droit positif, doit en soi avoir une nature éternelle.

C. Nature juridique du procédé du réputé non écrit

En écartant l'opportunité de la qualification de fiction, la nature du procédé du réputé non écrit se manifeste en deux étapes. D'une part, dans le processus d'application, le réputé non écrit est une sanction légale ou judiciaire destinée à supprimer impérativement la clause irrégulière du contrat. D'autre part, dans son objectif, le réputé non écrit consiste à maintenir l'efficacité du contenu essentiel du contrat au prix d'éradication d'un composant accessoire vicié. Qu'il s'agisse de suppression ou de maintien, cela implique de toute façon une intervention impérative

¹⁰⁰⁸ Voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil : les obligations, t. I, l'acte juridique, op. préc.*, n° 120 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFET-MUNCK, *Droit civil : les obligations*, 4^e éd. Defrénois, n°748-751 et 760.

¹⁰⁰⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, op. préc.*, n° 931, p. 1945.

d'une autorité dans le contenu du contrat. Comme l'a révélé M. V. Cottereau, « plus d'une simple sanction, [la clause réputé non écrite] participe à une forme d'interventionnisme positif plus ou moins étendu, destiné à limiter la liberté des parties et à influencer sensiblement sur le contenu du contrat dans un but d'intérêt général¹⁰¹⁰ ». Or, pour sauvegarder la fin poursuivie par les parties, réputer non écrite une clause incohérente implique que l'impératif de la protection des intérêts individuels légaux peut également provoquer une intervention légale ou judiciaire. En réalité, la recherche judiciaire de la fin du contrat ou de l'économie du contrat poursuivie par chacune des parties ne devient nécessaire qu'en cas où le contenu du contrat paraît incohérent et injuste. Le déséquilibre contractuel provient souvent de l'abus de la force économique d'une des parties. L'autonomie de la volonté n'est pas un bon médicament pour remédier à cette maladie contractuelle. En effet, le juge fait recours à l'ordre public de protection pour éradiquer les clauses abusives qui empêchent la réalisation de la fin du contrat et ruinent l'attente légitime d'une des parties. **Reposant exclusivement sur l'ordre public, le procédé du réputé non écrit participe donc d'une règle impérative de droit.** Comme l'a indiqué M^{me} J. Rochfeld, « les clauses qui n'appartiennent pas au type contractuel choisi, et qui remettent en cause les effets posés comme normaux par la loi se voient déclarées non écrites et niées¹⁰¹¹ ».

L'arrêt Chronopost¹⁰¹² du 22 octobre 1996 rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation fournit un bon exemple. Même si la société Chronopost, spécialiste de messagerie rapide, insère une clause limitative de responsabilité dans le contrat de service, qui réduit l'indemnisation du retard au prix du transport acquitté, le juge a réputé cette clause non écrite pour sanctionner la violation d'une obligation de célérité et de ponctualité du débiteur. Dans cet arrêt, le juge a effectué une interprétation objective du fait contractuel dont l'obligation essentielle du débiteur est déterminée par la nature du contrat. Étant qualifiée comme l'absence de cause, la

¹⁰¹⁰ V. COTTEREAU, La clause réputée non écrite, *JCP* 1993. I. 3691, p. 315.

¹⁰¹¹ J. ROCHFELD, *thèse, op. préc.*, n° 442, p. 395.

¹⁰¹² Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261, p. 223; *D.* 1997. 121 note A. SERIAUX, *somm. com.* p. 75, obs. Ph. DELEBECQUE, *chron. Ch. LARROUMET*, p. 145; *JCP* 1997. I. 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN, I. 4025, n° 17, obs. G. VINEY, II. 22881, note D. COHEN; *CCC* 1997, n° 24, note L. LEVENEUR; *Defrénois* 1997. art. 36516, p. 333, obs. D. MAZEAUD; *Grands arrêts*, t. 2, n° 156.

clause limitative de responsabilité a été éradiquée par le juge, car elle « contredisait la portée de l'engagement pris » par le débiteur¹⁰¹³.

Constatant que la mauvaise proportionnalité de l'indemnisation prévue par une clause de réparation fait disparaître la cause de l'obligation de paiement tenue par le créancier, le jugement de la Cour de cassation exploite une logique de raisonnement obscure qui a subi des critiques sévères de la doctrine¹⁰¹⁴. En tant que juridiction de renvoi ordonnée par la Cour de cassation dans l'affaire Chronopost, la cour d'appel de Caen a fait une explication persuasive, en indiquant que « la clause limitative de responsabilité en cas de retard, qui équivaut quasiment à une clause exonératoire de responsabilité en ce qu'elle retire tout caractère contraignant à l'exécution du contrat et réduit l'indemnisation du préjudice au seul prix du transport, fait perdre toute portée et toute valeur à l'obligation essentielle sus-définie, anéantissant par là même la cause de l'engagement de la société Banchereau (le créancier) ...¹⁰¹⁵ ». Comme la clause limitative de responsabilité entraîne que le coût de la violation de l'obligation essentielle du débiteur devient dérisoire, la contrainte de l'engagement contractuel au débiteur est en réalité entravée par cette clause. Certains auteurs ont pensé que la clause limitative de responsabilité constitue une atteinte indirecte à l'obligation essentielle du débiteur¹⁰¹⁶. S'inspirant du texte de l'article L. 132-1, alinéa 1 du Code de la consommation, M^{me} S. Gaudemet estime qu'« il devrait, autrement dit, s'agir non seulement des clauses qui ont pour objet d'entraver une obligation essentielle, mais encore de celle qui, sans avoir cet objet, ont cet effet¹⁰¹⁷ ».

La consécration judiciaire du lien logique indirect entre la clause limitative de responsabilité et la cause de l'obligation essentielle fait apparaître une norme impérative distincte de l'équité des prestations réciproques des parties, qui constitue en effet le fondement juridique véritable de l'arrêt Chronopost de 1996. Avec perspicacité, M. D. Mazeaud a révélé la portée de cet arrêt, en indiquant que l'« insertion [de la clause limitative de responsabilité] dans le contrat est incompatible avec l'obligation de ponctualité souscrite par la société de transport et fait dégénérer cette obligation essentielle dans l'esprit des cocontractants en une

¹⁰¹³ *Ibid.*, *Bull. civ.* IV, n° 261, p. 223.

¹⁰¹⁴ Voir par ex. : Ch. LARROUMET, obs., *D.* 1997, chron. p. 145 ; D. COHEN, note *JCP* 1997. II. 22881 ; A. SERIAUX, note, *D.* 1997. 121 ; J.-P. CHAZAL, obs. *JCP* 1998. I. 152 ; *Grands arrêts*, t. 2, éd. Dalloz, 2000, p.86.

¹⁰¹⁵ Caen, 5 janv. 1999, décision n° 963691, *D.* 2000, somm. com. 294, obs. B. MERCADAL ; *JCP* 2000. I. 199, n° 14, obs. G. VINEY, I. 215, n° 1, obs. J. ROCHFELD ; *Grands arrêts*, t. 2, n° 156.

¹⁰¹⁶ Cf. D. MAZEAUD, obs., *Deffrénois* 1997, préc., p. 336 ; G. VINEY, obs., *JCP* 1997. I. 4025, n° 18 ; J. ROCHFELD, *thèse op. préc.*, n° 481 et s.

simple illusion pour le créancier¹⁰¹⁸ ». Or, le contenu d'un contrat doit « préserver un minimum de cohérence¹⁰¹⁹, dont l'obligation essentielle est impérativement sauvegardée parce que c'est la colonne véritable du contrat¹⁰²⁰. Ainsi, M. Mazeaud a redéfini l'expression du jugement de la Cour de cassation, en précisant que la clause qui « contredisait la portée de l'engagement pris », « ruinait la cohérence interne du contrat¹⁰²¹ ».

En fait, l'arrêt Chronopost n'est ni le premier ni le dernier à manifester l'exigence de cohérence contractuelle. Cet impératif joue un rôle très important dans la sauvegarde de l'obligation essentielle.

Sauvegarde de l'obligation essentielle : Principe de cohérence. Dans une recherche approfondie du droit positif français dont les lois et les jurisprudences sont multiples, M. B. Célice a révélé, en 1965, qu'un principe de cohérence des comportements juridiques « est un des plus impérieux que connaisse le droit¹⁰²² ». Il a défini ce principe à la fois comme une exigence de droit absolue, forte et stricte par rapport à la confiance qui repose sur un sentiment flou et fragile, et également comme une règle morale dans la vie sociale qui repose sur les vertus humaines¹⁰²³. Selon lui, le principe de cohérence consiste à sauvegarder la stabilité des rapports sociaux et la sécurité juridique¹⁰²⁴. Exploitant une recherche des jurisprudences, M. B. Fages a successivement et clairement analysé les devoirs de cohérence avec le contrat et avec soi-même¹⁰²⁵ en indiquant le caractère impératif de ces devoirs au sens de l'interdiction de se contredire. Plus récemment, M. D. Houtcieff a excellemment synthétisé dans sa thèse¹⁰²⁶ le principe de cohérence contractuelle en déclarant qu'« il suffit de prendre acte de ce que le contenu du contrat ne contredit pas son but, quel

¹⁰¹⁷ S. GAUDEMET, *thèse op. cit.*, n° 501, p. 254.

¹⁰¹⁸ D. MAZEAUD, *obs. préc.*, p. 333.

¹⁰¹⁹ D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité et fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, *op. préc.*, n° 12, p. 616.

¹⁰²⁰ Voir D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel, op. préc.*, n° 30, p. 312.

¹⁰²¹ D. MAZEAUD, La cause, in *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, éd. Dalloz, 2004, n° 23, p. 464.

¹⁰²² B. CELICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, préf. de J. CARBONNIER, éd. LGDJ, 1968, n° 174.

¹⁰²³ *Ibid.*, n° 174 et n° 175.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, n° 176.

¹⁰²⁵ B. FAGES, *Les comportements du contractant*, préf. de J. MESTRE, éd. PUAM, 1997, n° 592 et s.

¹⁰²⁶ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. de H. MUIR-WATT, thèse Paris I, éd. puf Aix-Marseille, 2001.

que soit ce but¹⁰²⁷ ». Ici, selon cet auteur, la détermination du but du contrat a toutefois besoin d'une recherche de la volonté véritable des contractants¹⁰²⁸.

Constatant que « l'arrêt fait incontestablement application d'un principe de cohérence¹⁰²⁹ », M. J. Ghestin s'est rallié à l'opinion des auteurs cités ci-dessus sur le fait que le principe de cohérence serait le fondement exclusif du jugement de l'arrêt Chronopost de 1996¹⁰³⁰. Pourtant, concernant la notion de l'obligation essentielle dans cet arrêt, la signification du principe de cohérence a été analysée selon deux directions : d'une part, une opération d'interprétation subjective cherche à justifier que la commune intention véritable des parties ne comporte pas le sens de la clause limitative de responsabilité, autrement dit, cette clause n'est jamais entrée dans le champ contractuel¹⁰³¹ ; d'autre part, reposant sur une interprétation objective du contrat, des auteurs préconisent que réputer non écrite la clause viciée est une sanction imposée par le principe de cohérence du contrat qui écarte la nécessité d'une recherche de la volonté des parties¹⁰³². Comme l'a révélé M. D. Mazeaud, « cette exigence de cohérence, qui a pour support technique la notion de cause objective, revient à limiter la liberté contractuelle ; précisément, cette liberté ne peut affecter le cœur du contrat, c'est-à-dire les obligations fondamentales qu'il engendre naturellement ou artificiellement. Ces obligations sont intouchables, imperméables à la volonté des contractants¹⁰³³ ».

La définition de l'obligation essentielle ou fondamentale provoque une opposition entre les interprétations subjective et objective (1). Cette situation d'opposition est critiquable (2).

¹⁰²⁷ *Ibid.*, n° 461, p. 390.

¹⁰²⁸ Voir *ibid.*, n° 462, cet auteur a pensé que « séparer la notion de cause de la notion de cohérence a du reste l'avantage non négligeable de rendre à la liberté contractuelle ce qui lui appartient. La séparation des notions dispense en outre de cerner une frontière insaisissable entre le contrat typique et le contrat atypique. La question du minimum contractuel propre à chaque contrat est alors résolue. Il ne s'agit que de déterminer la frontière à partir de laquelle la clause vide le contrat de sa substance, le moment à compter duquel la volonté veut et ne veut plus ».

¹⁰²⁹ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, éd. LGDJ, 2006, n° 271.

¹⁰³⁰ Voir *ibid.*, n° 275.

¹⁰³¹ Voir G. VINEY, obs., *JCP* 1997. I. 4025, n° 17 ; Ph. DELEBECQUE, obs., *D.* 1997. 121, somm. com. p. 75 ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. préc.*, n° 459 – n° 463 ; J. ROCHFELD, *thèse, op. préc.*, n° 488, p. 444.

¹⁰³² Voir par ex. : D. MAZEAUD, obs., *Defrénois* 1997, art. 36516, p. 333 ; R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, préf. de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 2000, n° 560, p.319 ; S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 497 ;

¹⁰³³ D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité et fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, *op. préc.*, n° 12, p. 616.

1. Opposition entre les interprétations subjective et objective

L'obligation fondamentale, en tant que notion corollaire de l'obligation essentielle, est définie comme celle « qui permet la réalisation des éléments objectifs primaires du contrat considéré¹⁰³⁴ ». En droit positif, « elle apparaît dès la conclusion du contrat à travers le rôle déterminant que l'on accorde aux éléments objectivement essentiels¹⁰³⁵ ». Comme l'a indiqué M^{me} R. Sefton-Green, « les obligations fondamentale et essentielle sont synonymes¹⁰³⁶ ». En effet, comme ce que l'on a objectivement caractérisé d'obligation essentielle, « l'obligation fondamentale ne saurait [également] être extirpée par une clause ni de non-obligation ni de non responsabilité, sauf à changer la nature du contrat. L'obligation fondamentale est intangible (...)»¹⁰³⁷. Cet auteur ajoute « si l'obligation fondamentale représente la limite que la liberté contractuelle ne peut pas franchir, il s'ensuit que chaque contrat doit contenir un minimum, un contenu obligatoire¹⁰³⁸ ». En raison de l'assimilation des caractères des obligations, fondamentale et essentielle, ni la jurisprudence ni la doctrine ne les distinguent guère l'une de l'autre en usage¹⁰³⁹. Cependant, la définition de l'obligation fondamentale apparaît aussi sous deux aspects. Les réflexions de M^{me} R. Sefton-Green ci-dessus reposent sur une interprétation objective de l'obligation fondamentale. Or, M. Ph. Jestaz, en affirmant qu'« en effet, c'est plutôt de la nature des choses que découle l'obligation fondamentale », a indiqué, d'une part, qu'« il y a dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constitue la pièce essentielle¹⁰⁴⁰ ». D'autre part, il a pensé que l'obligation peut devenir fondamentale par la volonté des parties¹⁰⁴¹. Mais, selon cet auteur, « l'obligation fondamentale évince les clauses qui lui sont contraires par sa force propre, sans le secours d'aucune règle particulière¹⁰⁴² ». Cette « force propre » ne provient pas des règles impératives extérieures du contrat (ex : « de la loi, de la

¹⁰³⁴ Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-Marseille, 1981, n°175, p. 211.

¹⁰³⁵ B. FAGES, *thèse, op. préc.*, n° 611, p. 330.

¹⁰³⁶ R. SEFTON-GREEN, *thèse, op. préc.*, p. 12.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, n° 560, p. 319.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, n° 516, p. 295.

¹⁰³⁹ Cf. En doctrine, Ph. JESTAZ, *L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale*, mélanges P. RAYNAUD, éd. Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et s.; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, préc., n° 219, p. 589; en jurisprudence, Trib. Com. Paris, 14 avril 1972, *GP* 1972. 2. 750; Versailles, 17 déc. 1980, *GP* 1982. 1. 20; Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1990, *JCP*, 1991. I. 3778, obs. J. BIGOT, *RTD civ.*, 1991. 325, obs. J. MESTRE; Cass. 1^{re} civ., 23 fév. 1994, *Bull. civ.* I, n° 76, *D.* 1995. 214, note N. DION, *RTD civ.* 1994. 616, obs. P. JOURDAIN, *JCP* 1994. I. 3809, n° 15, obs. G. VINEY.

¹⁰⁴⁰ Ph. JESTAZ, *L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale, op. préc.*, p. 279.

¹⁰⁴¹ Voir *eod. loc.* Adde. *ibid.*, p. 289-294.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 294-295.

jurisprudence quasi coutumière dégagée par la Cour de cassation, etc. »), mais repose justement sur l'interprétation subjective de la volonté des parties, car « on ne saurait vouloir une chose et son contraire¹⁰⁴³ ». La mission du juge est de constater cette réalité, non d'appliquer une intervention des règles extérieures dans le contrat¹⁰⁴⁴.

Envisageant la divergence doctrinale dans la création d'une connaissance générale et harmonieuse sur la nature de l'obligation fondamentale ou essentielle, certains auteurs cherchent à effectuer une analyse plus précise et concrète reposant sur les divers types de contrats. M^{me} J. Rochfeld a clairement révélé la nouvelle tendance de la jurisprudence qui « démontre, plus que celle qui s'appuieraient sur une faute lourde ou même sur un manquement grave à l'obligation fondamentale, le retour des essences, c'est-à-dire d'une vision typique des contrats et de leurs composantes, ainsi que de l'autorité d'un minimum obligatoire à chacun d'eux, que les parties ne peuvent remettre en question », en indiquant que ce retour « trouve, d'ailleurs, son achèvement dans l'assimilation du contenu minimal aux obligations essentielles propres à chaque type de contrat, c'est-à-dire à la cause », et que « ce retour est d'autant plus notable que cette autorité a été occultée pendant toute la première moitié du [XX^e] siècle¹⁰⁴⁵ ». Mais cet auteur a finalement fondé son point de vue sur une interprétation subjective du fait contractuel, en précisant que « la sanction appliquée, réputer ces clauses non écrites, à l'instar de celles employées en matière de contrat d'assurance de responsabilité ou de compte-courant, ne fait alors que prolonger ce raisonnement, par le constat de leur impossible entrée dans le champ contractuel ».

M^{me} S. Gaudemet, empruntant l'expression « catégorie » de contrats employée par M. L. Boyer¹⁰⁴⁶ et s'inspirant de l'idée de la distinction des causes typique et atypique proposée par M^{me} Rochfeld¹⁰⁴⁷, a établi une distinction des « contrats catégorie » et des « contrats hors catégorie » en indiquant que la catégorie de contrats « ne se réduit pas... aux seuls contrats réglementés, mais correspond plus largement 'à tout cadre contractuel préexistant suffisamment connu pour proposer aux volontés

¹⁰⁴³ *Eod. loc.*

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 295.

¹⁰⁴⁵ J. ROCHFELD, *thèse, op. préc.*, n° 488, p. 444.

¹⁰⁴⁶ Voir L. BOYER, *La notion de transaction – Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. de J. MAURY, éd. Sirey, 1947.

un modèle¹⁰⁴⁸ ». Elle a pensé que « le but poursuivi [par les parties contractantes] caractérise, on l'a dit, chaque catégorie de contrats », et que « la considération de la fin servie par une catégorie de contrats permet donc d'identifier les obligations consubstantielles à chaque catégorie de contrats, celles à défaut desquelles le contrat catégorie correspondant n'existe pas¹⁰⁴⁹ ». Selon elle, « ces obligations, qui forment la matière première de chaque catégorie, qui en fonde l'essence, sont souvent qualifiées d'obligations essentielles (...)»¹⁰⁵⁰ ». Enfin, elle a indiqué qu'« en souscrivant à une catégorie de contrats – par choix ou par contrainte –, les parties se sont accordées sur une fin déterminée ; elles sont réputées s'être accordées sur les obligations essentielles de cette catégorie, celles qui permettent la réalisation de ladite fin » et qu'« aucune stipulation de leur accord ne saurait porter atteinte à une telle obligation, à peine de compromettre la réalisation de cette fin¹⁰⁵¹ ».

Comment apprécier alors la position doctrinale de M^{me} Gaudemet sur l'obligation essentielle du contrat ? Chez elle, sans aucun doute, l'obligation essentielle est déterminée par la fin objective de la catégorie de contrats, sans considération subjective et concrète de la volonté véritable de chacune des parties. Une fois que le contrat convenu par les contractants est qualifié de catégorie donnée des contrats, l'appréciation de l'obligation essentielle de cette catégorie de contrats substitue une fin objective et abstraite à la volonté véritable des parties. Les parties contractantes ne peuvent pas, par l'insertion d'une clause limitative de responsabilité ou de réparation, porter atteinte à l'obligation essentielle déterminée par sa fin objective, car « elles sont réputées s'être accordées sur les obligations essentielles de cette catégorie¹⁰⁵² ». C'est justement une opération d'interprétation objective du fait contractuel. Or, le caractère impératif de l'obligation essentielle du contrat catégorie reflète en effet l'exigence de l'« ordre public catégoriel¹⁰⁵³ ».

¹⁰⁴⁷ Voir J. ROCHFELD, *thèse op. préc.* Adde. M^{me} S. GAUDEMET a déclaré, dans sa thèse, que « c'est en définitive, on l'a dit, à la distinction des contrats typiques et des contrats atypiques, telle que systématisée par M^{me} Rochfeld, que correspond celle ici proposée des contrats catégorie et hors catégorie » (*thèse, op. préc.*, n°455).

¹⁰⁴⁸ Voir S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 446 et s., notamment n° 455. (NB : Le contenu entre '...' est la citation de l'auteur, provenant de la thèse de M^{me} J. ROCHFELD, *op. préc.*, n° 46, p. 43.)

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, n° 490 et n° 491.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, n° 491.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, n° 497, p. 250.

¹⁰⁵² *Eod. loc.*

¹⁰⁵³ Voir *ibid.*, n° 493.

Pourtant, l'analyse ci-dessus ne concerne que les contrats catégorie. En ce qui concerne la cohérence interne des contrats hors catégorie dont l'obligation essentielle n'est pas réglementée, cet auteur pensait que celle-ci « ne peut être comprise qu'en elle-même et suppose une appréciation au cas par cas¹⁰⁵⁴ ». Comment effectuer alors cette appréciation au cas par cas ? Bien entendu, effectuer une interprétation concrète du contrat. Mais cette opération est-elle faite objectivement ou subjectivement ? Selon M^{me} Rochfeld, « il faut admettre que dans les contrats maîtrisés, animés par une finalité atypique, aucune présomption ne s'attache à la cause, dès lors que celle-ci n'a subi aucun processus d'objectivation¹⁰⁵⁵ ». Or, quant au contrat atypique, M^{me} Gaudemet a déclaré qu'« il est, comme le contrat hors catégorie, celui qui 'poursuit une finalité atypique, que ne sert aucun modèle préexistant'¹⁰⁵⁶ ». Sauf erreur de ma part, il semble que, selon ces auteurs, l'appréciation d'une finalité atypique ou hors catégorie repose plutôt sur les mobiles des parties et manifeste un caractère subjectif et concret. Or en pratique, cette différence de moyens interprétatifs exige nécessairement une distinction claire et stable entre les contrats catégorie et hors catégorie, équivalents aux contrats typique et atypique. Malheureusement, la frontière entre eux est quasiment floue, car les deux auteurs ci-dessus ont refusé d'assimiler la distinction des contrats catégorie et hors catégorie (ou dit typique et atypique) à celle des contrats nommé et innommé, ou à celle des contrats réglementé et non réglementé¹⁰⁵⁷. Or, ces dernières pourraient fournir une indication claire et stable et justifier le caractère impératif du principe de cohérence du contrat. Il faut donc relire la définition du contrat catégorie ou typique proposée par ces deux auteurs qui est : « tout cadre contractuel préexistant suffisamment connu pour proposer aux volontés un modèle ». Si le modèle contractuel préexistant et connu constituait le critère de cette définition, son existence doit être naturelle et spontanée. Autrement dit, il n'est pas obligatoire que ce modèle constitue précédemment une réalité juridique ou un type juridiquement qualifié. Toutefois, les conditions de la formation d'un modèle contractuel ne sont pas indiquées par les deux auteurs. Ces conditions devraient être quantitatives soit en espace soit en temps. Cependant, tout effort de les préciser

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, n° 443, p. 224.

¹⁰⁵⁵ J. ROCHFELD, *thèse op. préc.*, n° 236.

¹⁰⁵⁶ S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 455. (NB : Le contenu entre '...' est la citation de l'auteur, provenant de la thèse de M^{me} J. ROCHFELD, *op. préc.*, n° 56, p. 57.)

¹⁰⁵⁷ Voir S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 449- n° 451 ; J. ROCHFELD, *thèse, op. préc.*, n° 46.

demeure probablement vain en raison de la diversité illimitée des circonstances conventionnelles.

L'arrêt Chronopost de 1996 constitue encore un bon exemple. D'abord, le contrat de transport rapide de marchandises ne participe pas des contrats nommés, où le contrat de transport ordinaire de marchandises est bien prévu par la loi. Il ne constitue pas non plus un contrat réglementé car, avant cet arrêt, il n'existe aucune règle légale et jurisprudentielle qui sert à le réglementer afin de protéger le professionnel contre les clauses abusives. Sans doute, ce genre de contrat participe d'une catégorie spontanée de contrats, parce que le transport rapide de marchandises est déjà devenu un modèle d'affaires connu. Pourtant, la qualification d'une catégorie de contrats ne se fonde pas sur le critère de modèles d'affaires. Autrement dit, elle a des critères multiples en pratique. Il est donc difficile pour les contractants de créer une prévision sûre de la classification judiciaire du contrat au moment d'en conclure un non réglementé. Cette situation ne correspond pas à l'exigence de l'impératif de sécurité juridique.

2. Critique de la situation d'opposition en matière d'interprétation de l'obligation essentielle

Faute de pouvoir connaître d'une façon générale et harmonieuse la nature de l'obligation essentielle, la nouvelle orientation doctrinale, qui repose sur une distinction des contrats catégorie et hors catégorie, n'a pas également fait disparaître l'opposition entre les interprétations subjective et objective de l'obligation essentielle du contrat. Bien au contraire, elle a donné lieu à une ambiguïté de la frontière entre les contrats catégorie et hors catégorie (ou entre les contrats typique et atypique). Par conséquent, la connaissance de la nature de l'obligation essentielle du contrat devient plus difficile qu'avant. Nous devons donc nous interroger si cette distinction des contrats catégorie et hors catégorie est utile pour clarifier la nature de l'obligation essentielle.

En réalité, la distinction des contrats catégorie et hors catégorie (ou des contrats typique et atypique) repose toutefois sur une séparation habituelle des méthodes d'interprétations subjective et objective du fait contractuel. Or, la vie d'un contrat a en effet besoin non seulement de la force créatrice de la commune intention des

parties, mais encore du contrôle des ordres publics qui constituent les règles extérieures du contrat. Pour trouver l'obligation essentielle d'un contrat donné, le juge doit d'abord, au moyen de la recherche de la commune intention des parties, établir un lien logique entre le fait contractuel et la catégorie juridique préexistante. Ce processus ne peut échapper à une interprétation subjective du contrat. Mais l'interprétation de la commune intention des parties consiste à réaliser une qualification juridique du contrat par laquelle le contrat convenu est intégré dans une certaine catégorie juridiquement préétablie. À partir de là, le contrat entre dans le champ social. Autrement dit, le contrat convenu par les parties devient un produit en collaboration avec les règles d'ordre public. Pour toutes les catégories juridiques de contrats, les obligations essentielles sont bien fixées par les exigences d'ordre public. Quant aux contrats hors catégorie, analysant les éléments importants convenus par les parties, le juge se réfère en effet à deux ou plusieurs catégories juridiques assimilées pour fixer les obligations essentielles. Par conséquent, chaque clause qui se trouve en contradiction avec ces éléments essentiels, doit être impérativement réputée non écrite. Ce dernier processus repose en effet sur une interprétation objective du contrat, sous l'exigence du principe de cohérence. Les deux processus ci-dessus constituent une opération intégrale du raisonnement judiciaire. Pour les contrats nommés, le constat de la nature du contrat ne peut certainement pas échapper à une analyse de la volonté des parties, même si la finalité du contrat apparaît automatiquement lorsque le contrat litigieux est qualifié comme contrat nommé. Pour les contrats innommés, l'exigence du principe de cohérence du contrat est toutefois de la nature d'ordre public, même si la finalité du contrat litigieux dépend d'une recherche de la volonté des parties.

Comme l'a indiqué M. J. Ghestin, « l'interprétation du contrat ne se borne pas à rechercher la commune intention des parties, mais que, dans son acceptation objective ou constructive, elle permet au juge le rétablissement objectif d'un certain équilibre des obligations, conformément à la justice, et particulièrement, en application de l'article 1135 du Code civil, de préciser les obligations des parties ou de renforcer le contenu obligatoire du contrat¹⁰⁵⁸ ». En effet, au sens de l'article 1135 du Code civil, la nature du contrat constitue une condition fondamentale dans laquelle les règles impératives extérieures du contrat (par exemple, la loi, l'usage et l'équité)

¹⁰⁵⁸ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, éd. LGDJ, 2006, n° 290.

déterminent des obligations accessoires du débiteur. Or, la nature du contrat, en tant que catégorie juridique¹⁰⁵⁹, sert à qualifier le contrat litigieux afin de faciliter l'application des règles légales. Si le résultat de la recherche de la commune intention des parties correspond à une catégorie donnée préexistante, le juge applique directement les règles légales au rapport contractuel dont l'obligation essentielle est légalement fixée. Cette circonstance est le cas le plus efficace. Or, si la commune intention des parties repose sur certains besoins spéciaux d'une des parties, c'est-à-dire si le contrat litigieux ne participe d'aucune catégorie juridique prévue, la nature du contrat doit être appréciée au cas par cas. Cependant, la détermination de la nature du contrat n'est pas essentiellement un processus de la recherche de la volonté des parties. Elle est, en fait, une opération de qualification juridique où les méthodes de comparaison et de présomption sont habituellement employées. Un contrat litigieux peut être qualifié par le juge comme catégorie spéciale se composant d'éléments essentiels distincts de ceux d'une catégorie préexistante¹⁰⁶⁰. Une fois que la qualification du contrat s'achève, le juge doit considérer si le débiteur, dans ce contrat de nature spéciale, a encore à exécuter les obligations imposées par les règles d'ordre public. Le cas échéant, une interprétation objective est nécessaire pour expliquer cette qualification et l'application postérieure des règles légales. Donc, les interprétations subjective et objective ne sont pas opposées en matière d'obligation essentielle du contrat. Elles servent, en collaboration, le raisonnement juridique et la pratique judiciaire.

Or, l'objet du principe de cohérence est exclusivement le rapport entre les éléments essentiels et annexes, mais non la relation entre la volonté véritable des parties et la clause litigieuse. Bien que l'incohérence puisse possiblement apparaître entre les clauses annexes, c'est la considération du rapport cohérent avec les éléments essentiels qui détermine la vie des clauses annexes opposées. Par conséquent, le principe de cohérence ne se divise pas en deux circonstances : catégorie ou hors catégorie¹⁰⁶¹. Il devrait être un principe général et permanent du contrat imposé par le droit.

¹⁰⁵⁹ Voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. préc.*, terme « nature ».

¹⁰⁶⁰ Cf. Ph. JESTAZ, *L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale, op. préc.*, p. 279, 289 et 290 ; J. ROCHFELD, *thèse, op. préc.*, n° 58 et s.

¹⁰⁶¹ *Contra*. S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 443, p. 224, cet auteur pense que « dans les contrats qui n'appartiennent à aucune catégorie, la cohérence est d'une autre nature ».

En effet, la théorie de la distinction des contrats catégorie et hors catégorie (ou des contrats typique et atypique) a non seulement troublé la connaissance de la nature de l'obligation essentielle et du principe de cohérence, mais encore restreint, au moins en doctrine, l'usage du procédé du réputé non écrit dans l'établissement de son autonomie de régime distincte de la nullité partielle.

§ 2. Rôle du procédé du réputé non écrit

Pour constater que le procédé du réputé non écrit constitue un régime de « sanction qui opère d'elle-même », certains auteurs cherchent à la fois à délimiter le domaine d'application du procédé du réputé non écrit, tant en théorie qu'en pratique (A), et à fonder ce procédé sur les sources de régimes juridiques utilisables (B).

A. Délimitation théorique et pratique du procédé du réputé non écrit

La délimitation du domaine d'application du réputé non écrit repose sur la distinction entre le procédé du réputé non écrit et la nullité partielle. D'une part, la distinction entre les contrats catégorie et hors catégorie fournit une base doctrinale pour la délimitation théorique du réputé non écrit (1). D'autre part, en pratique, l'autonomie de ce procédé juridique tend à obtenir une fonction extrajudiciaire (2).

1. Délimitation théorique du procédé du réputé non écrit

Pour préciser le domaine d'application, les tenants de la théorie autonome du procédé du réputé non écrit écartent l'utilisation de ce procédé dans les contrats hors catégorie ou atypiques. Comme l'indique M^{me} S. Gaudemet, « la sanction du réputé non écrit ne se conçoit ainsi que dans les contrats qui appartiennent à une catégorie prédéfinie, pour assurer la cohérence des obligations souscrites au regard de cette catégorie¹⁰⁶² ». En tant que sanction automatique, supposant que « le contrat conclu puisse être rapporté à un modèle connu, [le réputé non écrit] n'a alors pas sa place

¹⁰⁶² *Ibid.*, n° 443, p. 224.

[dans les contrats qui n'appartiennent à aucune catégorie]¹⁰⁶³ ». Car, pour cet auteur, « en adoptant une catégorie de contrats, les parties ont poursuivi la fin remplie par cette catégorie. Les clauses qui contrarient la réalisation de cette fin n'ont pas été réellement voulue¹⁰⁶⁴ ». Or, la cohérence d'un contrat hors catégorie « ne peut, par définition, s'apprécier qu'en elle-même ; elle est celle que les parties lui ont donnée¹⁰⁶⁵ ».

Selon M^{me} J. Rochfeld, « à la différence du contrôle média de la cause typique qui opérait une réfection et regardait les clauses stigmatisées comme inexistantes, la sanction ne pourra s'exercer, ici, que sur le mode de la nullité partielle. Parce que les parties ont maîtrisé leur contrat, c'est-à-dire qu'elles ont fait porter leur consentement sur l'ensemble des stipulations, la technique de la clause réputée non écrite ne peut, en effet, être utilisée, si l'on entend celle-ci comme sanctionnant l'absence d'entrée de la clause dans l'accord, au nom de l'appréciation d'un consentement donné en bloc à une image typique de contrat¹⁰⁶⁶ ».

Définissant le réputé non écrit comme procédé d'ordre public préétabli, ces deux auteurs fondent unanimement ce procédé exclusivement sur un critère objectif de cohérence ou sur une interprétation objective de la cohérence contractuelle. Autrement dit, la catégorie préexistante de contrats impose un bloc d'obligations essentielles à ses participants contractants. Toutes les clauses contredisant l'esprit de ces obligations imposées sont impérativement considérées comme ne pouvant entrer dans l'accord des parties. Or, la cohérence dans les contrats « maîtrisé[s] » par les parties repose complètement sur la volonté des parties et doit être appréciée par une interprétation subjective du contrat. En cas d'absence de cohérence des contrats hors catégorie, une sanction de nullité partielle sera employée, mais non le réputé non écrit. Par conséquent, le critère d'emploi des procédés du réputé non écrit et de la nullité partielle semble dépendre de la méthode utilisée dans l'interprétation du contrat.

Pourtant, il existe toutefois une différence essentielle entre les observations des deux auteurs ci-dessus. M^{me} Rochfeld considère, en effet, le sens du réputé non écrit

¹⁰⁶³ *Eod. loc.*

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, n° 443, p. 223.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, n° 443, p. 224.

comme l'inexistence. Pour elle, le consentement des parties sur les clauses viciées constitue la condition déterminante de l'exercice du procédé de la nullité partielle. Autrement dit, une clause existante dans l'accord des parties ne peut être sanctionnée que par la nullité partielle, mais non pas le réputé non écrit. Par contre, M^{me} Gaudemet pense que la clause réputée non écrite constitue une existence réelle et qu'elle est seulement privée de sa valeur contraignante¹⁰⁶⁷. Quant à l'exercice de la nullité partielle, M^{me} Gaudemet n'indique pas un critère précis en théorie.

Pour créer un régime autonome et pur du réputé non écrit, M^{me} Gaudemet continue à préciser l'étendue de l'utilisation du procédé du réputé non écrit en indiquant initialement qu'« en d'autres termes, doivent être distinguées les règles de l'ordre public qui contribuent à assurer l'effectivité des obligations essentielles de la catégorie réglementée, règles dont la méconnaissance sera sanctionnée par le réputé non écrit, de celles qui ont trait à des obligations qui ne sont pas de l'essence de la catégorie en cause, règles sanctionnées par la nullité partielle¹⁰⁶⁸ ». Le procédé du réputé non écrit est enfin limité dans la sanction d'une méconnaissance de règles d'ordre public, qui touche aux obligations essentielles du contrat catégorie. Quant au procédé de la nullité partielle, enfant mal-aimé, il est abandonné à la sanction concernant seulement les obligations annexes du contrat catégorie. Par conséquent, selon cet auteur, le procédé de la nullité partielle peut sanctionner, dans les contrats hors catégorie, les clauses qui heurtent les obligations essentielles, mais il ne peut pas faire la même chose dans les contrats catégorie. Il semble alors que chez cet auteur, la nullité partielle est seulement regardée comme instrument complémentaire du réputé non écrit.

Même si le principe de cohérence participe de l'ordre public, la nature du réputé non écrit n'est pas identique à celle du principe de cohérence. En effet, le réputé non écrit n'est, comme nullité partielle, qu'une technique juridique neutre qui ne comporte aucun concept de valeur. Puisque le principe de cohérence conduit le procédé de réputé non écrit dans les contrats catégorie, pourquoi ne peut-il conduire,

¹⁰⁶⁶ J. ROCHFELD, *thèse, op. préc.*, n° 584, p. 525-526, cité comme un soutien doctrinal par S. GAUDEMET.

¹⁰⁶⁷ Voir S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 12.

¹⁰⁶⁸ S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 493, p. 247.

au même niveau, le procédé de la nullité partielle dans la même catégorie de contrats ? Puisque les contrats hors catégorie se soumettent aussi à l'exigence de cohérence, pourquoi le procédé du réputé non écrit ne peut-il être utilisé dans les contrats hors catégorie ? L'application de l'article 1135 du Code civil se limite-t-elle alors aux contrats catégorie ? Les théories de l'application du réputé non écrit et de la nullité partielle ci-dessus ne sont pas persuasives.

2. Délimitation pratique du procédé du réputé non écrit

Pour soutenir l'autonomie de régime du procédé du réputé non écrit, des auteurs ont posé un critère pratique de distinction entre le réputé non écrit et la nullité partielle : le premier ne constitue qu'un état juridique éventuellement constaté par le juge ; et la dernière dépend de la prononciation judiciaire¹⁰⁶⁹. La différence entre la constatation et la prononciation se manifeste en deux aspects : le temps de commencement d'un état juridique et son influence sur les comportements des parties concernées. En cas de réputé non écrit, l'état juridique d'inefficacité de la clause concernée est déjà existant avant la constatation du juge. Cet état juridique constitue le fondement réel des comportements des parties dans l'exécution du contrat, c'est-à-dire que les parties contractantes ne sont jamais engagées par la clause réputée non écrite¹⁰⁷⁰. En cas de nullité partielle, la conséquence juridique d'inefficacité de la clause viciée n'apparaît qu'après la prononciation du juge, c'est-à-dire que cette clause était valable avant l'intervention du juge¹⁰⁷¹. Les parties contractantes doivent donc exécuter les engagements disposés par la clause viciée avant l'annulation judiciaire. Évidemment, selon cette doctrine, le réputé non écrit demeure un état de l'acte indépendant de l'action en justice ; or, la nullité partielle n'est qu'un résultat du prononcé judiciaire.

En fait, l'explication ci-dessus sur la nullité partielle est complètement assimilée à la connaissance moderne de la nullité portée par les juristes français. Comme l'a

¹⁰⁶⁹ Cf. R. BAILLOD, *A propos des clauses réputées non écrites*, *op. préc.*, n° 34 ; S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, p. 84-106.

¹⁰⁷⁰ Voir S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 12, jugeant que « [la clause] réputer non écrite, c'est la réputer ne pas lier les parties à l'acte, et cela de plein droit » ; n° 144, jugeant que « la clause est réputée non écrite avant même une éventuelle intervention du juge ».

rappelé M^{me} S. Gaudemet, « la nullité partielle (...) est (...) une modalité de la nullité : la nullité partielle est avant tout une nullité¹⁰⁷² ». La théorie classique des nullités en droit français avait considéré la nullité comme une manière d'être imparfaite de l'acte juridique¹⁰⁷³. « Si l'imperfection est profonde, la nullité est absolue : le juge se contente de constater l'inefficacité de l'acte ; celle-ci pourra être invoquée par tout intéressé ; ... Si l'imperfection est superficielle, la nullité est relative : elle devra être prononcée par le juge ; elle ne pourra être invoquée que par une seule personne¹⁰⁷⁴ ». La rénovation moderne de la théorie des nullités apparaît à partir du début du XX^e siècle. Selon M. P. Ancel, « on sait, ou on devait savoir, depuis [R.] Japiot et [E.] Gaudemet, que la nullité d'un contrat n'est pas un état de l'acte juridique, mais le résultat d'une action en justice, ouverte à certaines personnes et tendant à faire sanctionner la violation d'une règle relative à la validité du contrat. Dans cette optique, le juge et le procès se trouvent au cœur de la matière des nullités, qui se situe ainsi à l'intersection du droit civil et du droit processuel.¹⁰⁷⁵ ». M^{me} C. Guelfucci-Thibierge a donné une explication claire : « ce n'est pas, comme le pensaient les classiques et comme l'affirment encore les modernes, la nullité elle-même qui existe à partir du jour de conclusion du contrat puisque la nullité n'est pas un état de l'acte mais une sanction dirigée contre ses conséquences juridiques. C'est la cause de nullité dont l'acte est entaché qui, seule préexiste à l'annulation depuis le jour de la conclusion. Or cette cause de nullité ne s'identifie pas à la nullité¹⁰⁷⁶ ».

Étudiant la genèse et la substance de la rénovation moderne de la théorie des nullités, on s'aperçoit que la nouvelle théorie cherche à substituer une compréhension de l'effet de l'acte juridique à celle classique de l'état de l'acte¹⁰⁷⁷, et qu'elle met le poids sur le droit de critique possédé par les intéressés, provoqué par l'acte irrégulier, destiné à nier la force obligatoire de l'acte litigieux¹⁰⁷⁸. Ce droit de critique est

¹⁰⁷¹ Voir S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, p. 144 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 1992, n° 386.I. ; Ph. MALINVAUD, *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*, thèse Paris, éd. LGDJ, n° 33 et n° 91.

¹⁰⁷² S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 128.

¹⁰⁷³ Cf. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1909, p. 272 et s.

¹⁰⁷⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. préc.*, n° 87.

¹⁰⁷⁵ P. ANCEL, Préface, in *Le juge et l'annulation du contrat*, par O. GOUT, éd. PUAM, 1999, p. 9.

¹⁰⁷⁶ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 1992, p. 426.

¹⁰⁷⁷ Voir R. JAPIOT, *op. préc.*, p. 275.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 284.

principalement regardé comme une faculté de demande devant la juridiction, puisqu'il est qualifié de « dirigé »¹⁰⁷⁹. Du fait que la nature des nullités est une sanction lourde contre les actes qui transgressent les règles légales, il est juste de conférer à la juridiction, en fonction de la sauvegarde de l'efficacité et de l'impératif de la loi, le pouvoir exclusif d'appréciation. La théorie moderne des nullités soutient donc que toutes les nullités des actes juridiques sont judiciaires.

Le recul de la conception classique des nullités implique que ni la nullité de plein droit ni l'inexistence de l'acte¹⁰⁸⁰ ne sont plus acceptées comme un état de l'acte préexistant avant la prononciation du juge. Précisément, selon la théorie moderne française, il n'y a pas « une nullité qui produit d'elle-même ses effets¹⁰⁸¹ ». Quant à la conception classique de l'inexistence, comme l'a indiqué M. Ch. Dupeyron, « ce n'est pas parce que l'état de l'acte n'est pas un état d'inexistence que l'état de l'acte n'existe pas¹⁰⁸² ». Par conséquent, en matière de nullités, il ne s'agit que de la prononciation du juge, et non plus de la constatation d'un état de l'acte préexistant.

Pourtant, pour souligner la nature judiciaire des nullités, la doctrine moderne affirme un état défectueux de l'acte existant au jour de la conclusion du contrat. Comme l'a évoqué M^{me} C. Guelfucci-Thibierge, « tant que la nullité n'en est pas prononcée, l'acte demeure valable. Il est seulement entravé d'une cause de nullité ». Et elle ajoute, que « le contrat entravé d'une cause de nullité mais non annulé soit susceptible, dans certains cas¹⁰⁸³, de produire tous les effets attachés à une exécution, à une responsabilité contractuelle¹⁰⁸⁴ ». Cette hypothèse peut retrouver ses fondements de fait en cas de confirmation¹⁰⁸⁵ et de régularisation¹⁰⁸⁶ des actes nuls. Le contrat entravé d'une cause de nullité constitue en soi un état de l'acte annulable mais existant.

Selon la théorie moderne des nullités, le contrat entravé d'une cause de nullité comporte à la fois une cause de nullité relative et celle de nullité absolue. Le contrat entravé d'une cause de nullité relative correspond en effet au contrat annulable

¹⁰⁷⁹ *Eod. loc.*

¹⁰⁸⁰ La théorie classique des nullités a employé la terminologie « nullité de plein droit » comme la nullité absolue qui désigne un état de l'acte préexistant constaté par le juge. Or comme l'a révélé M^{me} S. Gaudemet, « l'inexistence n'a en réalité jamais été clairement distinguée de la nullité de plein droit, entendue comme une nullité qui opère d'elle-même ; la confusion a été constamment entretenue ». (*thèse, op. préc.*, n° 118, p. 67.)

¹⁰⁸¹ S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 115.

¹⁰⁸² Ch. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, préf. de P. HEBRAUD, éd. LGDJ, 1973, n° 349, p. 243.

¹⁰⁸³ Cet auteur pense qu'il s'agit seulement de la nullité relative.

¹⁰⁸⁴ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *thèse, op. préc.*, n° 386.I.

¹⁰⁸⁵ Cf. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, préf. de J. FLOUR, éd. LGDJ, 1972.

¹⁰⁸⁶ Ch. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls, op. préc.*

traditionnellement défini. Or, le contrat entravé d'une cause de nullité absolue devrait être impérativement annulé par la juridiction, c'est-à-dire qu'il n'est pas un contrat annulable, mais un contrat qui ne peut pas être valable. Se référant à la théorie moderne des nullités, M^{me} C. Guelfucci-Thibierge n'a pas nié que « si l'acte est entaché d'une cause de nullité absolue, la question du prononcé de sa nullité relève de l'intérêt général exigeant le rétablissement de la légalité transgressée lors de sa conclusion. Le juge se doit donc de soulever d'office cette cause de nullité et d'en déduire la sanction. Il ne saurait faire produire à un acte entaché d'une cause immorale les effets liés à la validité, et ne pourrait faire droit à la demande d'exécution. L'intérêt général mis en cause le lui interdit¹⁰⁸⁷ ». Précisément, le contrat entaché d'une cause de nullité absolue ne peut pas engager chacun des contractants ni entraîner les responsabilités contractuelles en cas d'inexécution, même si l'on n'accepte plus généralement l'existence d'un état de l'acte de nullité avant le prononcé du juge. S'il est encore nécessaire d'éviter l'emploi de la terminologie classique « constater » en cas d'existence d'une cause de nullité absolue, l'impératif de la prononciation judiciaire de nullité constitue alors un devoir judiciaire qui oblige le juge à agir, sauf que les parties peuvent s'accorder pour régulariser leur contrat initial par elles-mêmes, c'est-à-dire établir une révision conventionnelle sous la pression légale. En ce cas, la prononciation judiciaire de nullité ne dépend pas de l'appréciation du juge, mais provient directement des dispositions légales déterminées par le législateur, c'est-à-dire que la prononciation du juge n'est qu'une application simple de la loi. Cette prononciation semble donc se rapprocher de la constatation judiciaire d'une conséquence légale.

Quant à la nullité partielle du contrat, il s'agit alors d'un contrat entaché d'une cause de nullité partielle. Différent de la nullité totale du contrat, la cause de nullité partielle n'affecte que les éléments accessoires et au maximum les éléments essentiels de quantum¹⁰⁸⁸, c'est-à-dire que le contrat vicié n'a pas le risque d'être totalement annulé. À l'initiative de la théorie moderne des nullités, la cause de nullité partielle peut aussi, au regard de l'intérêt concerné, se diviser en deux catégories : cause de nullité relative et cause de nullité absolue. Précisément, si une clause contractuelle ne concerne que l'intérêt privé des parties ou du tiers, la nullité de cette clause est

¹⁰⁸⁷ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *thèse, op. préc.*, p. 426-427.

relative ; si elle touche à l'intérêt général, la nullité partielle du contrat devient absolue, c'est-à-dire que le juge doit impérativement priver l'effet juridique de cette clause.

Cependant, cette assimilation de la nullité partielle à la nullité générale est fautive. L'analogie simple de la structure théorique entre ces deux régimes n'est ni intéressante ni réaliste. Elle dénature en fait la nullité partielle. Force est de constater qu'il existe des différences substantielles entre la nullité générale et la nullité partielle du contrat. En matière de finalité, la nullité générale consiste à anéantir les actes juridiques illégaux et à rétablir l'ordre public extérieur du contrat ; la nullité partielle cherche à sauvegarder l'effet entier des actes juridiques et à reconstruire la cohérence de l'ordre intérieur du contrat. En matière de fondement juridique, la nullité générale se fonde sur les règles impératives de la validité du contrat ; la nullité partielle repose, elle, sur l'exigence de cohérence du contrat. En réalité, pour effectuer une appréciation de nullité partielle, il n'y a pas lieu de parler de « relative » ou d'« absolue », car il ne s'agit essentiellement pas de la relation extérieure au contrat. Peu importe que le contrat concerne l'intérêt privé ou l'intérêt général au regard de son rôle social et économique, l'exigence de cohérence constitue en effet le fondement véritable de la nullité partielle des clauses. Autrement dit, si une clause contractuelle ne correspond pas à la réalisation du but du contrat et se heurte à l'obligation essentielle du contrat, elle doit être impérativement annulée.

B. Source des régimes juridiques

Si la nullité partielle retrouve son essence et ses caractères par le moyen de comparaison avec la nullité générale, la théorie du réputé non écrit semble être identique. Malgré les contributions théoriques des juristes en matière de rénovation moderne de la conception des nullités générales, les tenants de la théorie autonome du réputé non écrit rétablissent un état de l'acte dit « réputé non écrit » existant avant le prononcé du juge, consacré directement par le législateur. Ils emploient de nouveau la terminologie « constater » pour décrire dans ce cas l'intervention éventuelle du juge, car, selon eux, le réputé non écrit est essentiellement un mécanisme non

¹⁰⁸⁸ Voir Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, *op. préc.*, n° 10, p. 10.

contentieux¹⁰⁸⁹. Pourtant, ils refusent de mélanger le réputé non écrit avec l'inexistence, car ne faisant pas recours à la théorie du néant juridique, la théorie autonome du réputé non écrit se fonde sur une combinaison conceptuelle de la double source de droit : la nullité classique de plein droit en droit français et l'annulabilité (*Anfechtbarkeit*) en droit allemand.

Il convient de présenter tout d'abord ces deux sources de régimes juridiques (1). Puis, nous parlerons de l'opportunité théorique et pratique de cette inspiration (2).

1. Présentation des sources des régimes juridiques de la théorie du réputé non écrit

La conception de la nullité de plein droit existait dans la théorie classique des nullités du droit français. Son caractère fondamental est de « produire d'elle-même ses effets¹⁰⁹⁰ », c'est-à-dire que sans l'intervention du juge, la clause entachée de nullité de plein droit n'oblige jamais les parties à partir du jour de la formation du contrat¹⁰⁹¹. Ce que le juge peut faire est seulement de « constater » l'état d'inefficacité de l'acte juridique. En réalité, il s'agit de l'effet des règles légales édictées par le législateur. Dans le cadre constitutionnel de la séparation des trois pouvoirs, l'application du texte légal dépend impérativement de l'opération souveraine de la juridiction. L'effet d'une règle légale provient principalement du résultat de l'application judiciaire de son texte législatif. En ce sens, il n'existe aucune qualification de l'acte juridique avant l'intervention de la juridiction, c'est-à-dire que l'effet d'un texte légal ne peut pas directement et automatiquement lier un acte juridique concret. Or, la nullité de plein droit repose sur une autre philosophie : l'acte juridique existe déjà avant l'intervention du juge. Malgré le constat ou non de la part de juridiction, cet acte juridique envisage une qualification qui devrait être en adéquation avec le texte légal.

Même si la qualification du juge est officielle, elle est parfois fautive. Il faut la corriger pour rétablir ce qui devrait être dans le sens véritable du texte légal. Donc, l'état de nullité de l'acte préexiste et sans dépendre pour autant de l'opération de qualification du juge, car la théorie classique des nullités ne considérait que l'acte

¹⁰⁸⁹ Cf. R. BAILLOD, *A propos des clauses réputées non écrites*, op. préc., n° 34 ; S. GAUDEMET, *thèse*, op. préc., n° 142 - n° 145.

¹⁰⁹⁰ S. GAUDEMET, *thèse*, op. préc., n° 115.

entaché de « l'imperfection profonde¹⁰⁹² » comme nullité de plein droit. L'acte entaché de « l'imperfection superficielle¹⁰⁹³ » était regardé comme annulable¹⁰⁹⁴. Ce critère de distinction de l'intensité imparfaite a été substitué par l'appréciation des intérêts, général et privé, dans la conception moderne¹⁰⁹⁵.

Quant à l'annulabilité (*Anfechtbarkeit*) du droit allemand, il existe une certaine autonomie de la volonté des parties contractantes. Le droit positif allemand confère la prérogative de déclarer la nullité à une des parties pour anéantir un contrat illégal ou une clause irrégulière, c'est-à-dire que « les parties ne sont libérées de l'acte ou de la clause entachée de nullité qu'à la condition que le titulaire du droit, qui veut invoquer la nullité, notifie à son cocontractant son intention de s'en prévaloir¹⁰⁹⁶ ». Comme l'a indiqué M^{me} S. Gaudemet, cette « annulation extrajudiciaire suppose, en effet, un acte de volonté d'une des parties » distinct de la nullité de plein droit en droit français¹⁰⁹⁷. C'est vrai que la distinction entre l'annulabilité du droit allemand et la nullité de plein droit du droit français est très évidente. La première est essentiellement le corolaire de la nullité relative du droit français, non pas de la nullité absolue. Or, la dernière repose sans doute sur la conception de nullité absolue qui sert à sauver l'intérêt général. En droit français, la nullité relative implique qu'un contractant-victime peut librement renoncer à son droit d'action en justice destiné à anéantir le contrat entier ou une clause contractuelle. La différence est que l'annulabilité du droit allemand confère à une des parties le pouvoir de déclarer unilatéralement la nullité de l'acte juridique, Alors que la nullité relative (l'annulabilité) du droit français ne veut donner ce pouvoir qu'au juge ; en France, les parties peuvent seulement se prévaloir de leur droit de demande en justice.

Pour créer l'autonomie du régime du réputé non écrit, M^{me} Gaudemet, d'une part, cherche à « réhabiliter une sanction qui opère de plein droit¹⁰⁹⁸ », héritier de la nullité classique de plein droit ; d'autre part, elle s'inspire du moyen de se prévaloir de l'inefficacité de l'acte juridique dans l'annulabilité extrajudiciaire du droit

¹⁰⁹¹ Voir *eod. loc.*

¹⁰⁹² Voir F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. préc.*, n° 87.

¹⁰⁹³ *Eod. loc.*

¹⁰⁹⁴ Sur cette distinction traditionnelle des nullités, cf. A. PONSARD et Ph. BLONDEL, Nullité, in *Rép. civ.*, éd. Dalloz, 1973, n° 12, p. 2.

¹⁰⁹⁵ Voir par ex. : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. préc.*, n° 88.

¹⁰⁹⁶ S. GAUDEMET, *thèse, op. préc.*, n° 115.

¹⁰⁹⁷ *Eod. loc.*

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, n° 598, p. 304.

allemand et préconise une obligation de notification tenue par chacune des parties afin d'indiquer à son cocontractant « qu'elle entend se prévaloir de l'absence de valeur obligatoire de la clause¹⁰⁹⁹ ». Ainsi, selon cet auteur, « cette absence de valeur obligatoire existe indépendamment de tout acte de volonté, de toute notification ; elle s'impose de plein droit aux parties, qui ne sont pas liées par la clause réputée non écrite¹¹⁰⁰ ». Autrement dit, le réputé non écrit ne vaut pas la nullité unilatérale qui apparaît déjà dans le texte des « Principes du droit européen du contrat »¹¹⁰¹.

Pourtant, les tenants de la théorie autonome du réputé non écrit sont sans doute attirés par l'intérêt de l'efficacité de la nullité unilatérale, sanction extrajudiciaire. En tant que tendance de développement contemporain du droit des contrats, l'impératif d'efficacité économique du droit est de plus en plus appuyé dans la législation et dans la jurisprudence. En fait, la jurisprudence française a consacré le pouvoir de la volonté unilatérale d'une des parties, dont la détermination unilatérale du prix du contrat¹¹⁰² et la résolution unilatérale du contrat pour inexécution¹¹⁰³ sont deux exemples typiques. De plus, les avant-projets de la réforme du droit français des contrats ont manifesté une attitude positive pour l'extension du pouvoir unilatéral des contractants¹¹⁰⁴. Cependant, la théorie moderne française des nullités n'accepte actuellement ni l'opportunité d'une nullité unilatérale, ni une réhabilitation de la nullité classique de plein droit reposant sur la conception de l'état de l'acte. C'est la raison pour laquelle certains auteurs cherchent à établir un régime autonome du réputé non écrit distinct du régime de nullités. Mais ce choix théorique est critiquable.

2. Critiques sur l'opportunité théorique et pratique de cette inspiration

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, n° 137, p. 78.

¹¹⁰⁰ *Eod. loc.*

¹¹⁰¹ Voir l'article 4.112 des « Principes du droit européen du contrat » version française préparé par G. HOUHETTE, éd. Société de législation comparée, 2003, n° 228.

¹¹⁰² Voir par ex. : Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 (4 arrêts), *D.* 1996. 13, note L. AYNES ; *Deffrénois*, 1996. 747, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP*, éd. G, 1996. II. 22565, obs. J. GHESTIN ; *JCP*, éd. E, 1996. II. 776, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.*, 1996. 153, obs. J. MESTRE.

¹¹⁰³ Voir par ex. : Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, *D.* 1999. 197, note Ch. JAMIN et somm. comm., 115, obs. P. DELEBECQUE ; *Deffrénois*, 1999. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 1999. 374, obs. J. MESTRE.

¹¹⁰⁴ *Cf.* par ex. : l'article 1158 de l'avant-projet Catala, l'article 165 du projet gouvernemental de France et l'article 108 de l'avant-projet de Terré.

Bien que la théorie du réputé non écrit évite la reprise du titre classique de la nullité qui opère d'elle-même, le réputé non écrit s'identifie essentiellement à la nullité de plein droit. Cette réhabilitation moderne d'esprit de la notion classique n'en est pas moins douteuse.

D'abord, la définition actuelle du réputé non écrit ne concerne que l'inefficacité partielle du contenu du contrat. Or, la nullité de plein droit touchait l'acte juridique entier. Accepter un régime autonome du réputé non écrit implique que, d'une part, l'inefficacité totale d'un acte juridique dépend de la prononciation de la juridiction ; d'autre part, l'inefficacité partielle d'un acte juridique est extrajudiciaire. Évidemment, aucune raison ne peut justifier l'opportunité de cette distinction.

En deuxième lieu, du fait que le réputé non écrit est une sanction privant la clause contractuelle viciée de sa force obligatoire, l'objet de ce procédé légal est l'effet de l'acte juridique, non l'état de l'acte juridique. En tant que notion homogène de la clause nulle, la clause réputée non écrite désigne en soi un résultat d'inefficacité de l'acte vicié, plutôt qu'un état d'inefficacité de l'acte. Même si l'acte entaché d'un vice juridiquement défini constitue un état de l'acte, il ne s'agit que d'une situation de fait, non pas de l'appréciation juridique. Or, la clause réputée non écrite est, comme clause nulle, le résultat d'une appréciation juridique (par le législateur ou par le juge) sur le fait illégal.

En troisième lieu, le caractère non contentieux ne peut pas suffisamment justifier la nature autonome du réputé non écrit. L'annulabilité du droit allemand et la nullité unilatérale des « Principes du droit européen du contrat » justifient, l'une et l'autre, que la nullité ne dépend pas *a priori* de l'intervention du juge. La théorie du réputé non écrit n'échappe pas essentiellement à la conception de la nullité de plein droit. S'il est raisonnable de considérer la nullité de plein droit comme une modalité de nullités, le réputé non écrit n'est logiquement qu'une expression de nullité partielle.

En quatrième lieu, l'intérêt d'un caractère non contentieux du réputé non écrit est relatif et limité. Comme l'a indiqué M. O. Gout, l'idée de l'autonomie du réputé non écrit « n'aura guère de portée pratique dès lors qu'une partie à l'acte résistera à la prétention de celle qui souhaitera se soustraire à l'empire de la clause illicite. Il

faudra tout le poids de l'autorité de justice pour faire entendre raison au contractant récalcitrant¹¹⁰⁵ ».

En cinquième lieu, les éléments essentiels du réputé non écrit et de la nullité partielle sont en fait identiques. Cela implique que tout effort pour distinguer ces deux notions est vain. Par nature, ces deux notions représentent, chacune, l'inefficacité partielle de l'acte juridique. En matière de fonction, elles constituent toutes les deux la sanction à l'illégalité des éléments accessoires ou des éléments essentiels de quantum de l'acte. Au regard de la finalité, elles consistent, chacune, à maintenir l'effet du lien juridique existant. Quant au fondement de droit, c'est l'exigence de cohérence de l'acte sur laquelle les deux procédés juridiques reposent directement. En pratique, l'utilisation du réputé non écrit en droit positif français n'a jamais été consciemment distingué de la nullité partielle¹¹⁰⁶. Comme l'a indiqué M. O. Gout, « ni le législateur, ni la juridiction n'accordent de signification particulière à l'emploi des mots « réputé non écrit », si ce n'est pas pour exprimer la volonté de recourir à la technique de la nullité partielle¹¹⁰⁷ ». Selon MM. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, « la volonté de la jurisprudence de laisser prospérer le second (le réputé non écrit) en marge de la première (la nullité), sont certaines¹¹⁰⁸ ». Si l'on est d'accord avec M. Ph. Simler que « la nullité partielle n'est pas elle-même un procédé technique : elle est un concept théorique¹¹⁰⁹ », le réputé non écrit est plutôt une expression technique du concept de nullité partielle.

Les efforts pour créer un régime autonome du réputé non écrit montrent clairement le motif commun des auteurs d'améliorer l'efficacité d'application du régime des nullités contractuelles du droit français. Or, cet objectif peut en effet reposer sur la réforme du régime des nullités et l'amélioration de la théorie de nullité partielle, notamment la consécration législative du principe de cohérence du contrat. Même si elle existe déjà dans le Code civil¹¹¹⁰, la règle d'interprétation entière du contrat n'est pas suffisante pour fournir une règle d'ordre public à la nullité partielle.

¹¹⁰⁵ O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, préf. de P. ANCEL, éd. PUAM, 1999, n° 133.

¹¹⁰⁶ Cf. en doctrine, G. FARJAT, *L'ordre public économique*, préf. de B. GOLDMAN, éd. LGDJ, 1963, n° 479 et s. ; Ph. SIMLER, *thèse, op. préc.*, n° 334 ; G. PIETTE, *thèse, op. préc.*, n° 1047 – n° 1054 ; S. GAUDEMET, *thèse op. préc.*, n° 132 et n° 493 ; en jurisprudence, Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 1991, *D.* 1993. 508, note COLLET, Cass. civ. 1^{re}, 21 fév. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 91 ; Cass. soc., 7 Nov. 1995, *JCP* 1996, 22626, note B. PETIT et M. PIC. ; Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1999, *JCP* 2000. II 10236, éd. N, 2000. 559, note BILLIAU

¹¹⁰⁷ O. GOUT, *thèse, op. préc.*, n° 130, p. 100.

¹¹⁰⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, I, L'acte juridique*, 13 éd, *op. préc.*, p. 283.

¹¹⁰⁹ Ph. SIMLER, *thèse, op. préc.*, p. 150.

L'avant-projet intitulé « Pour la réforme du droit des contrats » (autrement dit, l'avant-projet Terré) a abordé un peu le sens de ce principe¹¹¹¹. Toutefois, il est regrettable que le projet gouvernemental de la réforme du droit des contrats n'ait pas actuellement accepté ce nouveau principe dans sa section « Principes directeurs ».

En droit chinois, la nullité partielle du contrat est bien consacrée par la loi et également par la jurisprudence. L'article 56 de la loi sur les contrats dispose que « les clauses qui ne sont pas affectées par la nullité partielle du contrat, sont encore valables ». Cet article s'inspire sans doute de l'expression identique de l'article 60 des « Principes généraux du droit civil » qui constate la nullité partielle de l'acte juridique civil. Un exemple typique se situe dans le droit des sûretés. Selon l'article 29 de la « Loi sur les sûretés » de 1995, si le contenu d'un contrat que l'agence d'une entreprise conclut avec son partenaire, dépasse le domaine d'exploitation autorisé par le permis administratif, les éléments qui ne conviennent pas au permis sont sanctionnés de nullité. La Cour suprême de Chine a précisé quelques circonstances de nullité partielle dans la garantie hypothécaire¹¹¹². En effet, selon l'esprit du droit positif, la qualification de nullité partielle dépend d'une interprétation conduite par la cohérence du contrat tout entier. Précisément, le juge du fond doit faire constater que l'annulation de tel ou tel élément ne paralyse pas le fonctionnement des autres éléments du contrat.

La nullité partielle montre bien son efficacité dans la suppression des clauses irrégulières et illicites. Pourtant, envisageant divers déséquilibres en gravité et en intensité, le procédé du réputé non écrit ne peut pas effectuer une correction minutieuse sur le détail des clauses afin de sauvegarder la pérennité du contrat. Bien au contraire, il paralyse probablement l'exécution du contrat. En ce cas, il convient de chercher une autre solution pour réaliser une intervention judiciaire plus efficace et plus profonde : la révision du contrat.

¹¹¹⁰ Voir l'article 1161 du Code civil.

¹¹¹¹ Voir l'article 6 de l'avant-projet de Terré qui stipule qu'« une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé » (alinéa 1). « La simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime » (alinéa 2).

Section 2. La révision judiciaire et l'interprétation du contrat

La révision judiciaire du contrat implique que le juge va directement modifier les stipulations contractuelles viciées. Ce genre d'opération ne participe pas, en soi, à l'interprétation du contrat. Mais son exercice dépend toutefois d'une interprétation légitime du fait contractuel corrélatif.

Le droit français accepte très limitativement la révision judiciaire sur les clauses convenues par les parties. Dans la grande tradition du droit des contrats, sous le dogme de l'autonomie de la volonté, « chaque individu [est] le meilleur juge de ses intérêts¹¹¹³ » propres. Sauf qu'il existe un vice de l'accord dans l'intention du contractant, le préjudice éventuel subi par une des parties ne menace pas l'effet du contrat convenu. Car l'autonomie de la volonté implique non seulement la liberté des parties dans la négociation précontractuelle, mais entraîne une responsabilité pour leurs paroles données. De plus, le contrat est toujours considéré comme un produit privé fabriqué par les individus. Toutes les révisions sur le contenu du contrat doivent être opérées par les parties elles-mêmes. Selon l'article 1134, alinéa 2, du Code civil, le juge est également engagé à respecter la loi contractuelle stipulée par les individus. Dans ce contexte, le Code civil de 1804, en tant que droit commun des contrats, n'a pas accepté la révision du contrat par le juge, en considérant que l'intervention judiciaire heurte probablement la liberté contractuelle et la sécurité des transactions.

Pourtant, reposant sur la justice contractuelle et l'utilité sociale, l'évolution contemporaine du droit français des contrats montre une tendance d'objectivisation de l'appréciation du contenu du contrat. Le juge joue de plus en plus un rôle positif dans l'interprétation du lien contractuel. Son intervention au sein du contrat devient même nécessaire dans certain cas. La révision judiciaire du contrat apparaît vraiment à l'ordre du jour de la réforme française du droit des contrats.

¹¹¹² Voir 最高人民法院 Cour populaire suprême, *关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释* *Interprétation des questions sur l'application de la loi sur les sûretés*, 13 déc. 2000, les articles 52, 54 et 57.

¹¹¹³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 302.

Pour avoir une vision complète de la révision judiciaire du contrat, il faut observer le contrat dans sa durée permanente. Précisément, il est nécessaire d'étudier tout d'abord la révision pour vices de formation du contrat dont les contrats lésionnaires constituent l'objet de recherche (§ 1), puis d'analyser la révision pour vices d'exécution du contrat par laquelle le juge réalise la réfaction du contrat, ou remédie au préjudice causé par le changement de circonstances imprévisibles (§ 2).

§ 1. Révision judiciaire pour vices de formation du contrat : contrats lésionnaires

Inspiré du droit romain, le Code civil français de 1804 a, sous réserve, accepté un régime spécial de « lésion ». Selon l'article 1118 du Code, « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ». Sans une définition authentique dans le texte légal, « classiquement, la lésion est définie comme le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles¹¹¹⁴ ».

Cette appréhension de la lésion n'a pas pour autant empêché sans cesse la controverse sur sa nature juridique en doctrine, « hier surtout, mais aujourd'hui encore¹¹¹⁵ ». Or, les observations opposées se divisent principalement en deux camps : le premier, s'inscrivant dans la tradition juridique du volontarisme contractuel, fonde la qualification de la lésion sur une interprétation subjective du contrat (A) ; et le second, tenant une vision de collectivité sociale, considère la lésion comme un résultat de l'appréciation objective du fait contractuel (B). Cependant, une solution qui se trouve à mi-chemin entre une conception subjective du volontarisme et celle objective de la vision sociale semble réaliste pour remédier légitimement au déséquilibre contractuel (C).

¹¹¹⁴ D. MAZEAUD, *Lésion*, *Rép. dr. civ.*, éd. Dalloz, 2007-2, p. 2 ; voir aussi J. CARBONNIER, *Droit civil : Les biens, les obligations*, éd. 2004, *op. cit.*, n° 959, p. 1996.

A. Lésion reposant sur l'interprétation subjective du contrat

Comme l'article 1118 se place dans la section intitulée « Du consentement » du Code civil, la lésion est naturellement regardée comme un vice du consentement du même rang que l'erreur, le dol et la violence. Cette présomption est confirmée non seulement par l'article originel du Code civil, mais ultérieurement par plusieurs lois et arrêts jurisprudentiels.

Affirmation tacite d'un vice du consentement.- La lésion n'est appliquée, par la limite de l'article 1118 du Code civil, qu'à certaines personnes. Selon l'article 1305 du code, « la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions ». Et puis, institué par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009), l'article 435 du code prévoit que « les actes que [la personne placée sous sauvegarde de justice] a passé, et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès... ». Issu de la même loi, l'article 465 du Code énonce que l'acte accompli seul par la personne protégée, sans l'assistance ou la représentation de la personne chargée de sa protection, « reste sujet aux actions en rescision ou en réduction prévues à l'article 435 comme s'il avait été accompli par une personne placée sous sauvegarde de justice... ».

Les mesures de protection du contractant incapable ou de capacité limitée reflètent, chez le législateur, une considération de l'intégrité du consentement d'une des parties. Selon l'article 1124 du Code civil, « les mineurs non émancipés, les majeurs protégés sont incapables de contracter dans la mesure définie par la loi ». Ce constat législatif repose sur un présupposé : le consentement des personnes protégées est souvent défectueux à cause de leur jeune âge ou de leur état mental imparfait. Si les contrats conclus, eux, entraînent un préjudice, le législateur présume naturellement qu'il y a un vice dans leur accord. Même si la nullité, la rescision ou la réduction sont directement provoquées par la lésion, déséquilibre excessif entre les prestations contractuelles, la qualité spéciale des personnes protégées constitue

¹¹¹⁵ D. MAZEAUD, *Eod. loc.*

toutefois un élément essentiel de la lésion sanctionnée. Il existe tacitement une présomption de vice du consentement dans le raisonnement juridique.

Lésion cachée derrière les notions voisines.- En pratique, pour corriger les déséquilibres excessifs entre les prestations des parties, les juges contournent souvent la qualification très restrictive de lésion et recourent au biais de l'erreur, du dol et de la violence. Traditionnellement, **l'erreur sur la valeur** est considérée comme indifférente pour la validité et l'effet du contrat¹¹¹⁶. Mais selon les articles 1110, 1111 et 1116 du Code civil, cette erreur « est prise en considération lorsqu'elle a sa source dans une erreur sur la substance ou sur la personne, ou lorsqu'elle a été provoquée par le dol du cocontractant¹¹¹⁷ ». Dans l'appréciation de l'erreur d'une des parties, la lésion, en tant que fait de déséquilibre excessif des prestations réciproques, constitue objectivement un élément composant de la présomption renversée d'avoir une erreur dans son consentement. Autrement dit, « sauf à être mû par un esprit de sacrifice, ou plus exactement par une intention libérale, un contractant ne consent pas spontanément à réaliser une mauvaise affaire¹¹¹⁸ ». Cette logique conduit les juges à accorder « systématiquement la nullité du contrat lorsque la différence entre le prix payé et la valeur réelle de la chose a été causée par une erreur sur la qualité substantielle de la chose¹¹¹⁹ ». Sans doute, ce biais exige une analyse subjective du consentement des parties. Les preuves justifiant l'existence d'un vice du consentement sont normalement nécessaires, mais il est parfois difficile de les avoir en pratique. Si l'interprétation du juge repose simplement sur une présomption de vice du consentement, elle n'emporte pas la conviction.

Même si la jurisprudence¹¹²⁰ a affirmé qu'une erreur provoquée par le dol peut être prise en considération, malgré son caractère non substantiel, les manœuvres dolosives sont souvent difficilement prouvées, notamment lorsque l'auteur n'exécute pas le devoir de renseignement. Or, la consécration judiciaire de **la réticence**

¹¹¹⁶ Cf., en jurisprudence, par ex., Cass. req., 17 mai 1832, S. 1832, 1, 849 ; DP 1832, 1, 326 ; 1^{er} mars 1867, S. 1867, 1, 318 ; Cass. civ., 16 mai 1939, S. 1939, 1, 260 ; Cass. com., 26 mars 1974, Bull. civ., IV, n° 108, p. 86 ; Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 1993, CCC 1993, n° 146, obs. LEVENEUR ; 3 juill. 1996, Bull. civ., n° 287 ; D. 1997, 531, note DESCAMPS-DUBAELE. En doctrine, voir Ch. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1^{er}, 2^e éd., A. Durant et L. Hachette, 1870, n° 128 ; L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Dalloz, 1928, n° 35 ; H., J. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations, op. cit.*, n° 165 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 220 ;

¹¹¹⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 311, p. 326.

¹¹¹⁸ D. MAZEAUD, *Lésion, op. cit.*, p. 2.

¹¹¹⁹ G. CHANTEPIE, *La lésion*, préf. de G. Viney, éd. LGDJ 2006, n° 214.

¹¹²⁰ Cass. civ. 3^e, 2 oct. 1974, Bull. civ. n° 330, p. 251, *Grands arrêts*, n° 150.

dolosive semble renforcer l'importance d'une lésion dans la présomption de vice du consentement. En effet, la Cour de cassation a affirmé que « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter¹¹²¹ ». Cette affirmation jurisprudentielle repose sur une présomption similaire que l'interprétation subjective de la lésion emploie. Bien entendu, « la lésion ne peut à elle seule justifier la sanction d'une réticence dolosive¹¹²² ». Outre l'existence d'une lésion, la qualification traditionnelle de réticence dolosive exige encore les preuves justifiant que l'erreur de la victime contractante ait été provoquée par le silence de son cocontractant, preuves dans lesquelles il existe soit un rapport de confiance particulier entre les parties contractantes¹¹²³, soit l'impossibilité de savoir un fait déterminant pour une des parties au moment de la conclusion du contrat¹¹²⁴. Puis, la jurisprudence ultérieure consacre une « obligation de contracter de bonne foi¹¹²⁵ » en sanctionnant l'exploitation de l'erreur spontanée de son partenaire par un contractant. Cette évolution jurisprudentielle conduit en effet la réticence dolosive à rapprocher une exigence de moralité du comportement contractuel dont la déloyauté et l'abus doivent être sanctionnés.

Si la réticence dolosive présuppose la préexistence d'une erreur spontanée du contractant lésé, exploitée déloyalement par son partenaire, **la violence économique** consacrée par la jurisprudence¹¹²⁶ souligne l'exploitation d'une crainte d'un contractant causée par les circonstances extérieures du rapport contractuel. Différente de la conception classique de la violence qui ne considère la crainte du contractant que comme conséquence de l'action positive de menace par une des parties, la violence économique consiste, sous exigence morale, à sanctionner la mauvaise foi du contractant qui cherche à retirer un profit excessif d'une situation de dépendance économique au détriment de son partenaire. Même si la violence économique est

¹¹²¹ Cass. civ. 3^e, 15 janv. 1971, *Bull. civ.* III, n° 38, p. 25; *RTD civ.* 1971, p. 839, obs. Y. LOUSSOUAM; 20 déc. 1995, *D.* 1996, IR p. 32, *CCC* 1996, n° 55, obs. L. LEVENEUR; 10 févr. 1999, *CCC* 1999, n° 90, note L. LEVENEUR; 14 mars 2006, *CCC* 2006, n° 126, note L. LEVENEUR.

¹¹²² G. CHANTEPIE, *La lésion, op. cit.*, p. 178.

¹¹²³ Voir Cass. com., 21 avril 1959, *Bull. civ.* II, n° 178, p. 162.

¹¹²⁴ Voir Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1958, *Bull. civ.* I, n° 251, p. 198; Cass. com., 27 oct. 1965, *Bull. civ.* III, n° 479, p. 534.

¹¹²⁵ Voir Cass. civ. 1^{re}, 18 févr. 1997, *CCC* 1997, n° 74, obs. L. LEVENEUR; 13 mai 2003, *Bull. civ.* I, n° 114, p. 89; *JCP* 2003.II.10144, note R. DESGORCES; *Deffrénois* 2003, p. 1588, obs. LIBCHABER; *RTD civ.* 2003, p. 700, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹¹²⁶ Voir Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *CCC* 2000, comm. n° 142, obs. L. Leveneur; *D.* 2000, p. 879, note J.-P. CHAZAL; *D.* 2001, somm. comm., p. 1140, obs. D. MAZEAUD; *Deffrénois* 2000, p. 1124, obs. Ph. DELEBECQUE; *JCP* 2002. I. 184, obs. G. LOISEAU; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES; voir aussi, 3 avril 2002, *CCC* 2002, n°121, obs. L. LEVENEUR; *D.* 2002, p. 1860, note J.-P. GRIDDEL et somm. comm., p. 844 obs. D. MAZEAUD; *Deffrénois* 2002, p. 1246, obs. E. SAVAUX; *JCP* 2002. I. 184, obs. G. VIRASSAMY; *RTD civ.* 2002, p.502, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

encore caractérisée par la crainte subjective d'un des contractants, ce vice du consentement est en effet présumé au regard des circonstances économiques extérieures du contrat. Autrement dit, les juges n'ont pas exercé une interprétation subjective sur la crainte de l'état d'esprit d'une des parties. La jurisprudence montre que les juges ont fondé la qualification de violence économique sur les preuves objectives de circonstance et la présomption de l'état d'esprit du contractant. Si l'un des contractant exploite abusivement une situation de dépendance économique en retirant un profit manifestement excessif et en provoquant la lésion de son partenaire, il serait présumé d'avoir l'intention d'exercer immoralement une violence économique sur son cocontractant. Comme le montre l'article 63 de l'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des contrats, « il y a également violence lorsqu'une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte ». Or, l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription va plus loin. Son article 1134-3, alinéa 1 prévoit qu'« il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif ». Si l'on pense que l'avant-projet gouvernemental considère encore la violence économique comme cause du vice du consentement du contractant lésé, l'avant-projet Catala semble échapper complètement à l'appréciation des éléments subjectifs des contractants sur ce terme et se rapprocher d'une nouvelle définition relative au contrat lésionnaire.

En tant que notion classique comme dol ou violence, le concept de lésion envisage également le défi du nouveau développement du droit contemporain des contrats. Comme l'indique M. D. Mazeaud, « dans la mouvement de l'appréhension subjective du concept de lésion, une autre théorie propose de délaissier l'examen de la volonté du contractant lésé pour se concentrer uniquement sur l'état d'esprit du contractant qui profite du déséquilibre contractuel. Dans cette perspective, la lésion apparaît comme étant le signe d'une faute commise par un contractant, "comme l'injustice commise par l'abus du contrat... comme la sanction d'un comportement

déloyal" ¹¹²⁷ ». Il s'agit d'ores et déjà d'une nouvelle notion : la **lésion qualifiée** qui émerge implicitement ou explicitement dans les avant-projets de réforme française du droit des contrats d'aujourd'hui. L'article 66 de l'avant-projet Terré¹¹²⁸ prévoit que « lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat ». Comme l'indique l'alinéa 2 de cet article, pour affirmer l'existence d'une lésion qualifiée, « le juge tient compte de l'ensemble des circonstances, et notamment de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique ». En fait, tous les éléments considérés dans cet article sont identiques à ceux de la violence économique définie par l'avant-projet Catala. Cette assimilation conceptuelle reflète que l'extension de moralisation du comportement contractuel obscurcit la frontière classique entre la lésion et la violence. Or, ce changement entraîne la fluidité de la méthode d'interprétation du contrat, de l'appréciation subjective à celle objective.

Légitimité de la moralisation des comportements contractuels.- M. G. Ripert a indiqué que pour un contrat lésionnaire, « l'inégalité des prestations n'est pas la cause de la nullité du contrat, mais la preuve qu'il existe... l'exploitation de l'un des contractants de l'autre¹¹²⁹ ». Or, cette exploitation, selon lui, « est contraire à la morale qui enseigne de traiter les hommes en frères, de se livrer à l'odieuse exploitation du prochain¹¹³⁰ ». Cette conception morale de la lésion s'applique également à la violence économique et à la réticence dolosive. M. Mazeaud se demande donc « si sous le masque de la violence ne se dissimule point, en réalité, la lésion¹¹³¹ ». Selon la conception morale, la faute subjective du contractant dominant vient de la présomption de fait sur le déséquilibre manifestement excessif entre les prestations réciproques. Une proposition doctrinale audacieuse a été posée dans laquelle la situation de faiblesse et le déséquilibre contractuel constituent les éléments

¹¹²⁷ D. MAZEAUD, *Lésion*, op. cit., n° 6, p. 3.

¹¹²⁸ *Pour une réforme du droit des contrats : Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous l'impulsion de M. François Terré*, éd. Dalloz, 2009.

¹¹²⁹ G. RIPERT, *Les règles morales dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, n° 70.

¹¹³⁰ *Eod. loc.*

¹¹³¹ D. MAZEAUD, La révision du contrat, *LPA*, 30 juin 2005 - n° 129, p. 16.

essentiels d'un vice de faiblesse qui peut vicier le contrat conclu¹¹³². Évidemment, ce vice ne se caractérise pas uniquement par l'état imparfait du consentement.

L'extension de la moralisation des comportements contractuels provoque cependant la polémique doctrinale. M. G. Chantepie conteste la légitimité de cette tendance en disant que « nombre de mécanismes font appel à des conceptions méta-juridiques, qui dépassent la simple recherche de la solution juste¹¹³³ ». Soulignant que « la justice juridique n'est donc pas (...) à confondre avec la justice morale¹¹³⁴ », il indique que « le recours à la morale apparaît superflu et critiquable¹¹³⁵ ».

Cet argument semble méconnaître la cause de la moralisation des comportements contractuels et la relation de fluidité entre le droit et la morale. Comme l'indique M. G. Cornu, « sans doute y aurait-il excès à séparer radicalement droit et morale, comme deux ordres étrangers¹¹³⁶ ». Contestant un concept où le droit ne vise qu'à l'action et où la morale ne régit que l'intention, M. G. Ripert pense qu'« il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but ; il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale¹¹³⁷ ». Il affirme, ensuite, qu'« il y a [seulement] une différence de caractère¹¹³⁸ » entre la règle morale et la règle juridique. Chez Ripert, la morale sert de fondement au droit¹¹³⁹. Dans le droit civil, il existe inévitablement des normes morales, par exemple, le respect de la parole donnée, la bonne foi, les bonnes mœurs, etc. Bien entendu, distincte de la règle morale, la règle juridique est garantie par une contrainte étatique extérieure. Techniquement, le système du droit composé par diverses règles juridiques doit se suffire à lui-même. Mais cette suffisance en soi est conditionnée par une circonstance sociale assez stable et par les modalités d'échange prévisibles entre les gens. Autrement dit, si la circonstance économique et sociale ou les modalités d'échange ont une profonde mutation, l'ancien système du droit ne peut plus par lui-même, parfois, sauvegarder la

¹¹³² Voir C. OUERDANE-AUBERT de VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse Paris II, éd. Dalloz, 2002, n° 438 ; D. MAZEAUD, note relative à la jurisprudence : Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, *D.* 2001, p. 1140.

¹¹³³ G. CHANTEPIE, *La lésion*, *op. cit.*, n° 283, p. 194.

¹¹³⁴ J. FREUND, Michel Villey et le nouveau de la philosophie du droit, *Arch. Phil. Dr.*, t. 37, *Droit et économie*, éd. Sirey, 1992, p. 5, cité par G. CHANTEPIE (*Ibid.*, n° 292, p. 199).

¹¹³⁵ G. CHANTEPIE, *La lésion*, *op. cit.*, n° 292, p. 199.

¹¹³⁶ G. CORNU, *Droit civil : introduction au droit*, série Domat droit privé, 13^e éd. Montchrestien, n° 24, p. 23.

¹¹³⁷ G. RIPERT, *Les règles morales dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 6, p. 10.

¹¹³⁸ *Eod. loc.*

¹¹³⁹ Voir G. RIPERT, *Eod. loc.*

justice. Réfléchissant sur les rapports du droit et de la morale, Ripert s'interroge que « si le droit peut vivre coupé de sa racine, par la seule force de sa technique, ou si, au contraire, il ne peut se développer que par une montée continue de la sève morale¹¹⁴⁰ ». La réponse est déjà clairement donnée. En ce cas, le droit recourt impérativement aux sources de normes extérieures dont les règles morales. Comme la règle juridique constitue le seuil le plus bas pour l'action et la décence des gens dans la société, la règle morale vient remédier à l'injustice provoquée par l'absence ou l'inefficacité de la règle juridique. Par conséquent, la règle morale entre dans le droit et devient une nouvelle règle juridique avec contrainte étatique.

En droit civil contemporain, la moralisation des comportements contractuels sert justement à rétablir une justice substantielle dans les nouveaux rapports contractuels caractérisés par un déséquilibre entre les droits et les obligations, ou dite entre les prestations. Il n'y a pas ici de différence entre la justice juridique et la justice morale. En fait, c'est le changement de circonstances économiques et sociales qui exige une certaine flexibilité du droit en s'inspirant des règles morales utilisables. Aujourd'hui, l'émergence des nouvelles normes du comportement contractuel, comme les devoirs de loyauté, de coopération et de modération, etc., reflète une grande rénovation de la civilisation contractuelle. Dans cette hypothèse, le solidarisme contractuel, en tant que nouvelle idéologie, ne semble pas artificiel ni excessif.

Si la conception subjective de la lésion dépend d'une présomption de fait, par laquelle la faute d'une des parties peut être observée dans ses actions concrètes d'exploitation immorale de la situation de dépendance, la conception objective de la lésion repose exclusivement sur les preuves objectives de déséquilibre des prestations réciproques.

B. Lésion reposant sur l'interprétation objective du contrat

Les rédacteurs du Code civil ont affirmé, toutefois, une conception objective de la lésion. Cette affirmation est cependant très limitée. Selon l'ancien article 887, alinéa 2, du Code civil, « il peut aussi y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 11.

cohéritiers établi, à son préjudice, une lésion de plus du quart (...) ». Cet article a été modifié par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 et repris dans l'article 889 du Code civil actuel. Le législateur d'aujourd'hui maintient, pour la notion de lésion, la proportion de plus du quart établi en 1804. Mais, il substitue un complément de part à la rescision des partages. Par ailleurs, l'article 1674 du Code civil dispose aussi d'une proportion pour la lésion du prix dans la vente d'immeuble : plus de sept douzième.

Évidemment, une conception objective se fonde nécessairement sur une appréciation de proportionnalité des prestations réciproques. Mais dans Code civil, la lésion objective ne constitue un vice important, que dans les contrats de partage et de vente d'immeuble, qui provoque la correction ou la rescision du contrat. Cela veut dire que l'exigence de proportionnalité des prestations n'est qu'une règle exceptionnelle. Pour le partage, comme le révèlent MM. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, c'est « généralement une affaire de famille d'où tout esprit de spéculation doit être banni – l'égalité est l'âme des partages, dit-on ; elle était aussi, en matière successorale notamment, une conquête essentielle de la République¹¹⁴¹ ». Carbonnier a aussi expliqué qu'« à l'intérieur de la communauté d'héritiers doit régner une fraternité qui exclut que l'on puisse faire une trop bonne affaire aux dépens de l'autre, ce que le droit tolère, en général, entre étrangers¹¹⁴² ». En fait, les bonnes mœurs l'emportent ici sur la liberté contractuelle. En ce qui concerne la vente d'immeuble, la majorité des juristes pensent que les rédacteurs du Code civil mettent l'accent sur la protection de la propriété immobilière¹¹⁴³. Or, la stabilité relative du prix des immeubles est considérée aussi comme une autre raison probable¹¹⁴⁴. En tout cas, le motif de privilégier la protection de la propriété immobilière repose raisonnablement sur un souci d'instabilité sociale issue éventuellement du conflit grave entre les individus provoqué par la lésion énorme relative à la vente d'immeuble. En effet, la valeur d'un immeuble est souvent beaucoup plus grande que celle d'un meuble. Une considération pour l'intérêt de la collectivité sociale apparaît toutefois dans cette exception légale. Les sanctions légales, rescision ou modification (complément) du contrat, reposant sur la conception objective de la lésion, consistent finalement à sauvegarder une justice sociale.

¹¹⁴¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil : Les obligations, 1. L'acte juridiques*, 14^e éd. Sirey, 2010, n° 245, p. 226.

¹¹⁴² J. CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, n° 993, p. 2050.

¹¹⁴³ Voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 245, p. 226 ; D. MAZEAUD, *Lésion, Rép. civ. Dalloz, op. cit.*, n° 20.

L'analyse des articles originels du Code civil montre deux supports nécessaires pour le fonctionnement de l'appréciation objective de la lésion : la mesure de proportionnalité et la considération de justice sociale. Aujourd'hui, on voit une tendance d'extension de ces éléments en droit positif.

Extension de la règle de proportionnalité en droit des contrats. – L'évolution contemporaine du droit français des contrats a dépassé le cadre fixé par le Code Napoléon de 1804. Les règles de proportionnalité ont explosé, tant dans les lois postérieures que dans la jurisprudence qui emploient la lésion dans les divers rapports contractuels.

La mutation du droit spécial reflète clairement un courant d'objectivation des critères d'appréciation de la lésion. Par exemple, une lésion de plus du quart subie par l'acheteur constitue la condition déterminante de la révision d'une vente d'engrais, de semences ou de plants destinés à l'agriculture¹¹⁴⁵. Le prix de vente d'un lot de copropriété doit être proportionnellement réduit, lorsque la superficie du lot est inférieure à plus d'un vingtième de la superficie mentionnée dans l'acte¹¹⁴⁶. Une lésion de plus de sept douzième de la part de l'auteur est suffisante pour provoquer la révision du prix dans la cession du droit d'exploitation d'une œuvre littéraire moyennant une rémunération forfaitaire¹¹⁴⁷. Si l'intérêt d'un prêt dépasse de plus d'un tiers le taux couramment pratiqué, la lésion subie par l'emprunteur entraîne la réduction de l'intérêt obtenu¹¹⁴⁸. Un prix de fermage supérieur ou inférieur à un dixième de la valeur locale normale d'un fonds provoque la révision du bail rural¹¹⁴⁹. Dans le contrat de société d'attribution d'immeuble aux associés, quand les obligations mises à la charge d'un associé sont supérieures ou inférieures de plus du

¹¹⁴⁴ Voir F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., n° 309, p. 321.

¹¹⁴⁵ Voir Loi du 8 juil. 1907, *DP* 1908. 4. 173 ; mod. par la loi du 10 mars 1937, *DP* 1938. 4. 168 ; et la loi n° 79-595 du 13 juil. 1979, *DP* 1979. 269.

¹¹⁴⁶ Voir Loi n° 65-557 du 10 juil. 1965, art. 46 ajouté par la loi du 18 déc. 1996.

¹¹⁴⁷ Voir Loi n° 57-298 du 11 mars 1957, art. 37, devenu art. L. 131-5 C. propr. intell.

¹¹⁴⁸ Voir Loi n° 66-1010 du 28 déc. 1966, art. 1, mod. par la loi du 31 déc. 1989, devenu art. L. 313-3 C. consom.

¹¹⁴⁹ Voir art. L. 411-13 C. rur.

quart de la contribution qui lui incombe, une action de remboursement est aménagée¹¹⁵⁰.

Les exemples ci-dessus montrent qu'une règle de proportionnalité s'est développée dans les divers contrats. Comme le législateur dispose clairement le pourcentage concret de lésion dans les contrats spéciaux, les juges calculent seulement les montants relatifs au préjudice. Cette situation légale affirme, en effet, une conception purement objective de la lésion, car les juges n'ont pas besoin de l'appréciation subjective du consentement ou de l'état d'esprit des parties. Ils sont même imposés d'invoquer uniquement le pourcentage rigide prévu par la loi. Autrement dit, le législateur confère au juge le pouvoir de réviser le contenu du contrat à condition d'avoir une indication légale claire (pourcentages fixés).

Pourtant, le législateur ne peut pas a priori préciser les critères pour tous les types de lésions. L'appréciation du juge est en effet incontournable. Par exemple, pour les contrats d'assistance maritime, les juges peuvent réviser les conditions d'assistance inéquitable ou annuler le contrat en cas d'impossibilité d'adaptation¹¹⁵¹. Or, « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation¹¹⁵² ». Lorsque le professionnel obtient ou tente « d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu », ou lorsqu'il soumet ou tente « de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », il engage sa responsabilité et s'oblige à réparer le préjudice causé¹¹⁵³. Comme l'indique M. D. Mazeaud, c'est « une révision indirecte du contrat lésionnaire, par le jeu de la compensation du préjudice économique subi par le contractant dépendant¹¹⁵⁴ ».

¹¹⁵⁰ Voir art L. 212-5, al. 3 et 4, CCH.

¹¹⁵¹ Voir Loi n° 67-545 du 7 juill. 1967, art. 15 faisant suite à une loi du 29 avril 1916, art. 7.

¹¹⁵² Art. L. 341-4 du C. consom., issu de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003.

¹¹⁵³ Art. L. 442-6, I, 1° et 2° du C. com., issu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, mod. par la loi n° 2010-874 du 27 juil. 2010, art. 14.

L'évolution de la jurisprudence confirme la nécessité d'une appréciation judiciaire de la lésion dans les contrats. Le pouvoir judiciaire de réduire les honoraires des mandataires avait été consacré dès le début du XIX^e siècle¹¹⁵⁵. Il est étendu désormais à l'ensemble des agents d'affaires¹¹⁵⁶, puis à toutes les professions libérales¹¹⁵⁷. Pourtant, la réduction proportionnée est limitée à certains types de contrats et à certaines parties contractantes. Comme l'indique M^{me} S. Le Gac-Pech, « la jurisprudence se montre plutôt favorable à une extension de la lésion au contrat d'entreprise...¹¹⁵⁸ » ; « en définitive, le juge ne contrôle l'équilibre des prestations que si le droit protège le contractant victime du défaut d'équivalence¹¹⁵⁹ ». Pour atteindre le but de sauvegarder l'équilibre des prestations, les juges n'ont eu recours à aucun texte légal, ni exprimé souvent les motifs de leur décision¹¹⁶⁰. L'excès quantitatif des honoraires était la seule condition pour la réduction judiciaire. Autrement dit, les juges ne fondaient leurs décisions que sur une appréciation objective des prestations sur le plan quantitatif.

L'application du critère de proportionnalité des prestations réciproques favorise sans doute une appréciation objective du contrat. Cependant, cette analyse de proportionnalité ne se limite pas au calcul quantitatif des prestations échangées. Autrement dit, l'application de l'exigence de proportionnalité dépasse en effet le cadre juridique de la lésion. D'une part, selon la doctrine majoritaire, la lésion ne constitue qu'un défaut de la formation du contrat. Or, l'exigence de proportionnalité fonctionne non seulement dans la formation du contrat, mais également dans l'exécution du contrat, y compris sa rupture¹¹⁶¹. D'autre part, l'affirmation de la lésion repose naturellement sur une appréciation quantitative du préjudice provoqué par le déséquilibre entre les prestations contractuelles. Or, l'exigence de

¹¹⁵⁴ D. MAZEAUD, *Lésion*, op. cit., n° 29, p. 6.

¹¹⁵⁵ Cass. req., 11 mars 1842, *S. chron.* ; Cass. civ., 29 janv. 1867, *DP* 1867. 1. 53 ; *S.* 1867. 1. 245 ; *Grands arrêts*, n° 266.

¹¹⁵⁶ Voir par ex. : Cass. req., 12 déc. 1911, *DP* 1913. 1. 129 ; 11 mars 1913, *DP* 1913. 1. 408 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 janv. 1976, *JCP* 1976. II. 18388 ; Cass. com., 23 mai 1978, *Bull. civ.*, IV, n° 146.

¹¹⁵⁷ Voir par ex. : pour médecins, Cass. civ., 24 avril 1914, *S.* 1914. 1. 349 ; pour architectes, Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1962, *Bull. civ.*, I, n° 285 ; pour notaires, Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1969, *Bull. civ.*, I, n° 181 ; pour experts comptables, Cass. com., 3 juin 1986, *JCP* 1987. II. 20791, note A. VIANDIER ; pour conseils en gestion, Cass. com., 2 mars 1993, *D.* 1994, somm. 11, obs. J. KULLMANN ; pour avocats, Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1976, *D.* 1978, p.72, note A. BRUNOIS ; 3 mars 1998, n° 95-15.799, *Defrénois* 1998, art. 36815, n° 65, obs. J.-L. AUBERT ; pour généalogistes, Cass. civ. 1^{re}, 21 fév. 2006, n° 02-14.326, *Defrénois* 2006, art. 1223, obs. R. LIBCHABER.

¹¹⁵⁸ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, éd. LGDJ, 2000, n°801

¹¹⁵⁹ *Ibid.* n° 803.

¹¹⁶⁰ Voir B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil : Les obligations*, t. 2, contrat, 1998, éd. Litec, n°985.

¹¹⁶¹ Voir S. LE GAC-PECH, *thèse*, op. cit., n° 1196, p. 494.

proportionnalité comporte, outre l'équivalence quantitative des prestations, une appréciation qualitative entre les droits et les obligations contractuels¹¹⁶².

Comme l'analyse Mme Le Gac-Pech, il y a une distinction essentielle entre le déséquilibre d'une clause et celui de l'ensemble contractuel. « Le premier implique une recherche de mise en adéquation des différentes clauses du contrat et le second exige plus spécifiquement une équivalence des prestations au travers du rapport liant l'objet et le prix¹¹⁶³ ». Selon l'auteur, le déséquilibre d'une clause est plutôt apprécié au regard de la proportionnalité qualitative ; le déséquilibre de l'ensemble contractuel envisage davantage une exigence de proportionnalité quantitative¹¹⁶⁴. Or, le contrat lésionnaire ne semble participer qu'au dernier cas.

Bien entendu, la distinction ci-dessus n'est pas absolue. En fait, il existe souvent certain lien intime entre le préjudice en quantité et la clause déséquilibrée en qualité. Par exemple, au moment de la conclusion du contrat, une clause limitative de responsabilité n'implique pas directement le déséquilibre des prestations réciproques des parties. Mais, lorsque l'exécution d'une certaine prestation devient impossible ou imparfaite, l'insuffisance de la réparation provoquée par cette clause constitue une conséquence lésionnaire qui peut être quantitativement calculée. Un autre exemple, malgré les critiques et les résistances doctrinales¹¹⁶⁵, la loi du 9 juillet 1975 confère au juge un pouvoir modérateur pour les clauses pénales excessives, intégré dans l'article 1152 du Code civil¹¹⁶⁶. Si les prestations réciproques du contrat sont parfaitement exécutées, la clause pénale ne provoque aucune lésion, même si un déséquilibre qualitatif a été créé par cette clause. Par contre, si l'exécution du contrat est rompue, l'excès de la cause pénale donne lieu au préjudice injuste d'une partie contractante. En ce cas, le juge doit modérer ou augmenter quantitativement la peine convenue initialement pour atteindre un résultat juste.

Malgré l'extension permanente de l'étendue d'application, la lésion est toutefois bridée dans certains cas spéciaux, pour certaines personnes et certains types de contrats. Elle n'a jamais, en tant que régime général, été consacrée par le législateur et la Cour de cassation. C'est la raison pour laquelle le régime juridique des clauses

¹¹⁶² *Ibid.*, p. 9

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 8-9.

¹¹⁶⁴ Voir *eod. loc.*

¹¹⁶⁵ Voir par ex. : B. BOUBLI, La mort de la clause pénale ou le déclin du principe de l'autonomie de la volonté, *J. not.*, 1976. 1. 945 ; Y. LETARTRE, Requiem pour une clause pénale, *Rev. jur. com.*, 1978. 101.

abusives cherche à combler quelques lacunes laissées par le régime de la lésion. Selon l'article L. 132-1 du Code de la consommation, « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (al. 1) ; mais « l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible » (al. 7).

En ce qui concerne la proportionnalité, comme l'indique M^{me} Le Gac-Pech, elle « dépasse en effet le progrès déjà accompli sur le terrain des clauses abusives en lui apportant l'objectivité qui lui fait défaut¹¹⁶⁷ ». C'est l'exigence de proportionnalité qui fournit tant au législateur qu'au juge un fondement juridique compatible au rééquilibre du contrat. Comme cette proportionnalité existe naturellement dans tous les rapports commutatifs des contractants, elle devrait, selon de nombreux auteurs¹¹⁶⁸, devenir un principe général des contrats qui régit toute la vie d'un contrat. Pensons que l'établissement du principe de proportionnalité renforce certainement la tendance de l'objectivation de l'interprétation du contrat. Les juges n'auraient d'ores et déjà recours à aucun élément subjectif des parties.

Par ailleurs, les lois et la jurisprudence précédemment citées ont bien montré la volonté du législateur et des juges de maintenir la pérennité du contrat en substituant la révision quantitative de la prestation excessive à la rescision totale du contrat. En réalité, l'exigence de proportionnalité favorise fortement le maintien du rapport contractuel et rend réaliste la révision judiciaire du contrat.

Opportunité d'un principe de proportionnalité. – La couverture de l'exigence de proportionnalité sur les contrats lésionnaires n'implique pas, en pratique, que la proportionnalité devienne d'ores et déjà un principe général du droit des contrats,

¹¹⁶⁶ Sur ce thème, voir D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, éd. LGDJ 1992.

¹¹⁶⁷ S. LE GAC-PECH, *thèse, op. cit.*, n° 1199.

¹¹⁶⁸ Voir *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, colloque du 20 mars 1998, organisé par le CEDAG de Paris V, paru aux *LPA* du 30 septembre 1998 ; J. MESTRE, Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat,

même du droit privé. M. G. Piette estime que « législateur et jurisprudence ne paraissent pas vouloir étendre ce concept de proportionnalité, tel qu'il est pratiqué dans le cautionnement, à d'autres conventions¹¹⁶⁹ ». Selon lui, « il est impossible de considérer qu'il s'agit d'un principe qui innerve le droit privé dans son intégralité¹¹⁷⁰ ». Bien que ce point de vue soit trop pessimiste, la proportionnalité provoque, en tant qu'instrument objectif de mesure, une inquiétude de dirigisme économique ou, au moins, un souci de formalisme contractuel excessif. Si le législateur laisse au juge la place souveraine dans la fixation des proportions justes et lui confère le pouvoir autonome de réviser la disproportion des obligations contractuelles, le gouvernement du juge sur les activités privées devient alors un risque menaçant la liberté contractuelle.

Pour éviter tous les inconvénients cités ci-dessus, il est nécessaire d'établir certains critères ou certaines conditions limitatives de l'exercice du pouvoir de révision judiciaire. L'établissement de ces critères ne doit pas recourir à certaines techniques de mesure. L'exigence de proportionnalité est déjà suffisante pour réaliser la pertinence du calcul quantitatif. Ce qui peut limiter et orienter l'exercice de l'exigence de proportionnalité repose sur la finalité de cette opération judiciaire et provoque une appréciation qualitative des actions des contractants. Or, la finalité de la proportionnalité ne se place pas sur la pertinence du résultat mesuré, mais réside en effet dans « la recherche du raisonnable »¹¹⁷¹ des stipulations relatives aux droits et aux obligations contractuelles entre les parties. Clairement dit, c'est le fondement moral de l'exigence de proportionnalité : équité et égalité. Un principe de proportionnalité devrait avoir pour objectif de chercher à sauvegarder la justice qui peut persuader la majorité des gens de notre société. Même si la justice peut être matérialisée par un montant financier ou par un bien concret, elle participe essentiellement à un sentiment subjectif, juridique ou moral. L'appréciation de la justice et du raisonnable ne se fonde pas simplement sur la comparaison concrète des prestations réciproques ou des obligations commutatives entre les parties. En fait, les

RTD civ., 1998. 100, n° 5 ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, éd. LGDJ, 2000.

¹¹⁶⁹ G. PIETTE, *thèse op. cit.*, n° 89

¹¹⁷⁰ *Eod. loc.*

¹¹⁷¹ Voir S. LE GAC-PECH, *thèse, op. cit.*, p. 6. Cet auteur indique que « la proportionnalité permet d'instaurer un équilibre qui ne mène pas à une équivalence stricte mais plutôt à une recherche du raisonnable, autrement dit à la découverte de justes proportions ».

juges doivent chercher les références à l'extérieur du contrat. Le droit n'interdit pas les avantages obtenus par les contractants dans un contrat, lorsque leurs comportements correspondent aux deux exigences, légale et morale. C'est la légitimité du moyen d'obtenir des avantages qui détermine l'application de l'exigence de proportionnalité.

Cette analyse peut répondre au doute relatif à l'opportunité d'une sanction juridique qui concerne les abus dans les rapports contractuels au regard du juste objectif. Selon M. G. Chantepie, « la promotion de valeurs morales, concrétisées, sous la forme de devoirs généraux, voire d'obligations juridiques, ne rechercherait pas la solution juste, considérée dès l'abord comme inaccessible, mais plutôt un correctif aux abus susceptibles d'être commis par certains contractants¹¹⁷² ». En effet, une solution juste objective contre la lésion, se présentant formellement par une équivalence quantitative rétablie entre les prestations réciproques, est substantiellement issue de la sanction à tous les abus déloyaux des contractants sous prétexte d'exercer la liberté contractuelle. Car toutes les exploitations de l'état de dépendance, de l'état de nécessité, de faiblesse (gêne, légèreté, ou inexpérience), de situation d'infériorité, etc., peuvent être qualifiées comme abus et être sanctionnées par le droit. En ce qui concerne la raison plus profonde, l'abus commis par un contractant prive en réalité son partenaire de la liberté de négociation précontractuelle. Le lien causal entre le déséquilibre et l'abus justifie l'opportunité de la sanction juridique actuelle aux abus dans les rapports contractuels.

Affirmer la condition d'abus dans l'application de l'exigence de proportionnalité implique qu'il existe une présomption du vice subjectif pour les contrats lésionnaires. L'illicéité et l'immoralité de l'état d'esprit du contractant rendent vicieux les comportements de contracter, d'exercer des pouvoirs unilatéraux ou d'anéantir la convention. La révision du contrat consiste, selon la proportionnalité, à sanctionner plutôt la mauvaise foi d'une des parties contractantes que les avantages excessifs en eux-mêmes. Cette appréhension du principe de proportionnalité repose sur la double conception à la fois subjective et objective qui apparaît déjà, sous-jacent, dans l'évolution des instruments des remèdes juridiques des lésions.

¹¹⁷² G. CHANTEPIE, *La lésion, op. cit.*, n° 289, p. 198.

C. Conception mixte de la lésion

Malgré l'extension des domaines d'application de la lésion, un régime général régularisant tous les contrats lésionnaires n'existe pas. L'explication est double : d'une part, la conception subjective de la lésion ne peut pas résoudre le paradoxe entre la présomption d'un vice de consentement et l'exceptionnalité de la sanction de rescision pour lésion. Selon l'esprit du régime de validité du contrat, un vice de consentement provoque directement l'annulation du contrat et ne permet pas au juge de réviser le contrat. De plus, les juges trouvent difficilement les preuves concernant le vice du consentement dans l'interprétation de la volonté véritable d'une des parties. D'autre part, la conception objective de la lésion se fonde sur la seule différence de valeur des prestations échangées. Cependant, l'appréciation de valeur dépend non seulement de l'utilité générale de l'objet, mais également de l'utilité personnalisée de l'objet pour un contractant. Le juge n'a pas toujours la compétence pour apprécier exactement l'utilité personnalisée de l'objet. En effet, la subjectivité de la notion de cause a déjà justifié cette observation. Pour cette raison, la théorie classique du droit civil français considère en général la lésion comme défaut indifférent. Tous les remèdes de proportionnalité, légaux ou jurisprudentiels, ne sont regardés que comme un état exceptionnel.

Pour établir une règle générale et universelle qui sauvegarde de l'équilibre contractuel, il faut rénover la notion classique de lésion. Cet essai doctrinal a commencé dès le début du XX^e siècle. Selon M. E. Demontès, « la lésion dans les contrats entre majeurs est essentiellement l'acte illicite d'un contractant qui profite de circonstances extérieures pour réduire l'autre partie à sa merci¹¹⁷³ ». Précisément, les circonstances extérieures relèvent d'une situation d'inégalité économique ou sociale¹¹⁷⁴. L'illicéité du comportement du contractant repose justement sur cette situation, car il exploite l'état d'infériorité de son partenaire pour obtenir des avantages manifestement disproportionnés. M. J.-P. Chazal considère l'inégalité économique entre les parties comme un déséquilibre de puissance économique. Dans sa thèse célèbre, il indique que « l'abus de puissance économique consistera dans

¹¹⁷³ E. DEMONTÈS, *De la lésion dans les contrats entre majeurs : étude de droit positif et de législation comparée*, éd. LGDJ, 1924, p. 220.

¹¹⁷⁴ Voir J. GHESTIN, *Traité de droit civil, t. 2, Les obligations, 1^{er} vol., Le contrat : Formation*, 3^e éd. LGDJ, 1993, n° 794.

l'instauration d'un déséquilibre dans les prestations réciproquement stipulées, l'économiquement puissant abusant de sa force au détriment de l'économiquement faible¹¹⁷⁵ ». L'affirmation de l'illicéité des abus dans les contrats lésionnaires développe en effet la signification de la notion classique française de lésion en s'inspirant de la définition initiale du droit civil allemand pour la lésion, déjà adoptée par les législateurs des autres pays européens et par les rédacteurs des projets d'harmonisation européenne du droit des contrats. Pour se distinguer du terme classique de la lésion, on a nommé ce genre de contrats lésionnaires de lésion qualifiée.

La création de la notion de lésion qualifiée entraîne le changement des critères de la qualification des contrats lésionnaires. Précisément, la lésion qualifiée échappe non seulement à la conception subjective pure de la lésion, mais également à la conception objective pure de la lésion. Elle repose en effet sur une conception mixte, objective-subjective, dans laquelle coexistent le déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties et la mauvaise foi exprimée d'un des contractants, présumée par le fait que ce contractant abuse de la situation de dépendance ou de l'état de nécessité de son partenaire. Par conséquent, pour atteindre cette qualification, le juge doit exercer une interprétation dualiste du fait contractuel. D'une part, outre l'affirmation de l'existence objective d'une exploitation abusive de la situation inégale et d'un déséquilibre excessif entre les droits et les obligations des parties, le juge doit expliquer le lien causal de ces deux faits. D'autre part, il n'est pas nécessaire pour le juge de rechercher la volonté véritable du contractant puissant. L'affirmation de l'état d'esprit de mauvaise foi est issue du fait objectif d'abus exercés par une des parties, mais non une analyse psychologique. En pratique judiciaire, la présomption de la faute subjective du contractant puissant repose totalement sur les preuves objectives. L'interprétation des comportements déloyaux du contractant se substitue à l'interprétation divinatoire de l'intégrité du consentement du contractant. Évidemment, l'exercice de l'interprétation du contrat consiste d'ores et déjà à révéler une faute subjective, mais non un défaut du consentement.

¹¹⁷⁵ J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble II, 1996, n° 641.

La création de la notion de lésion qualifiée réalise non seulement la collaboration des interprétations objective et subjective, mais aussi la généralisation de la conception de la lésion dans toutes les catégories de contrats. Suite à un examen approfondi du droit positif français, M. D. Mazeaud indique que « l'idée de lésion qualifiée anime un grand nombre des exceptions légales et jurisprudentielles au principe contemporain de la validité et de l'intangibilité des contrats lésionnaires¹¹⁷⁶ ». Selon lui, « en définitive, il paraît plus sage de se résigner à ne pas assigner à la lésion une nature juridique unique et à ne pas appréhender comme une notion unitaire¹¹⁷⁷ ».

En droit chinois, l'article 59 des « Principes généraux du droit civil » permet à l'une des parties de demander aux tribunaux ou aux institutions arbitrales de modifier ou de rescinder les actes juridiques civils qui sont manifestement iniques au moment de la formation du contrat. Si l'équilibre du contrat n'était rompu qu'ultérieurement par suite de circonstances imprévues qui viendraient rendre plus onéreuse l'exécution de l'obligation d'une des parties, il n'y aurait non plus *iniquité*, mais changement de circonstances (imprévision en droit français). La Cour suprême de Chine a, par un document interprétatif de la loi¹¹⁷⁸, défini l'iniquité comme le fait que « l'une des parties exploitant sa situation de supériorité ou l'inexpérience de son cocontractant, la fixation des droits et des obligations des parties ne correspond manifestement pas à l'exigence des principes de la justice et de l'équivalence de valeur des prestations (等价有偿¹¹⁷⁹) ».

La qualification de l'iniquité dépend d'une interprétation objective et rationnelle. D'une part, le comportement d'exploiter la situation de supériorité ou l'inexpérience du cocontractant doit être apprécié au regard des critères objectifs. D'autre part, la conséquence inique doit être interprétée selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.

Les notions de lésion, classique ou qualifiée, du droit français et la notion d'iniquité du droit chinois s'inscrivent dans la période de formation du contrat. Or, le

¹¹⁷⁶ D. MAZEAUD, *Lésion*, *op. cit.*, n° 48, p. 9. Pour une analyse précise, voir même article, n° 50.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, n° 8, p. 3.

¹¹⁷⁸ Voir 最高人民法院 Cour populaire suprême, art. 72, 关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法通则》若干问题的意见(试行) *Opinions sur les questions d'application des « Principes généraux du droit civil »*, 26 janv. 1988.

¹¹⁷⁹ Un principe général consacré par l'article 4 des « Principes généraux du droit civil ».

déséquilibre contractuel est également issu de l'exécution défectueuse du contrat. Il provoque, en tant que vice d'exécution du contrat, une révision judiciaire.

§ 2. Révision judiciaire pour vices d'exécution du contrat

Les vices d'exécution du contrat sont causés par l'exécution incomplète ou incorrecte des obligations contractuelles. Ils peuvent théoriquement provoquer plusieurs conséquences juridiques concernant la vie du contrat : résolution, réfaction ou révision pour imprévision. La résolution implique l'anéantissement du rapport contractuel. Or, la réfaction et la révision pour imprévision maintiennent la pérennité contractuelle en débarrassant « le circuit économique des mécanismes morts et [en favorisant] la survie de ceux qui peuvent encore jouer leur rôle¹¹⁸⁰ ». Même si, tant la réfaction que la révision pour imprévision sont par nature la révision judiciaire pour vices d'exécution du contrat, elles se distinguent par les causes différentes de l'inexécution partielle des obligations contractuelles. La réfaction du contrat (A) est provoquée par l'inexécution partielle fautive du débiteur. Or, la révision pour imprévision (B) consiste à traiter le problème de difficulté de l'exécution causée par le changement des circonstances extérieures du contrat.

A. Réfaction du contrat

Définition. - La réfaction désigne, au sens général, « une réestimation d'un ouvrage, d'un travail en fonction des circonstances ou d'une modification des prévisions¹¹⁸¹ ». Mais au sens juridique, la réfaction ne signifie qu'une réduction proportionnée du prix en cas d'inexécution partielle de l'obligation contractuelle de délivrance. Si le débiteur fait des prestations manifestement supérieures à la valeur correcte des prestations convenues par les parties¹¹⁸², cette circonstance provoque soit la restitution de l'objet donné, soit l'indemnisation du service surchargé consommé par le créancier. Cependant, ce n'est pas la réfaction, parce que les prestations dépassant la stipulation contractuelle ne reposent pas sur l'accord initial des parties au moment

¹¹⁸⁰ J. DEPREZ, Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français, in *Trav. assoc. Henri Capitant*, t. XVII, 1964, p. 46.

¹¹⁸¹ G. CORNU, *Réfaction*, in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹¹⁸² Voir Cass. req., 12 févr. 1877, *DP* 1877.1.149.

de la conclusion du contrat. Autrement dit, le débiteur exécute complètement et correctement son obligation de délivrance. Il n'y a pas d'inexécution partielle du contrat. Le débiteur est imputable. Le créancier doit payer pour le service supplémentaire bénéficié ou l'objet occupé hors contrat initial. Mais cette augmentation de la contreprestation a son fondement légal distinct du contrat initial. On peut la considérer soit comme une indemnisation matérielle soit comme une contrepartie dans un nouveau contrat.

En droit positif français, la réduction du contrat peut non seulement être opérée par le juge, mais aussi dans certains cas, être unilatéralement exercée par le créancier. L'article L. 211-10 du Code de la consommation consacre une réfaction unilatérale du consommateur en disposant que « si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix¹¹⁸³ ». Pourtant, cette réduction unilatérale d'une des parties, considérée comme une spécificité du droit de la consommation, n'est pas encore généralisée dans le droit commun français des contrats. L'office du juge reste donc dominant dans la réfaction du contrat.

Étendue. - En fait, la réfaction du contrat est issue de la création de la jurisprudence. Depuis le XIX^e siècle jusqu'à présent, les tribunaux français ont employé l'instrument de réduction du prix pour corriger le déséquilibre entre les prestations réelles provoqué par l'inexécution partielle des obligations contractuelles du débiteur dans le domaine de la vente commerciale¹¹⁸⁴. Puis, la réfaction a été étendue aux contrats de vente civile¹¹⁸⁵ et de service¹¹⁸⁶. Selon une vision optimiste, la réfaction « se trouve en réalité pratiquée de manière tout à fait générale¹¹⁸⁷ ». Pourtant, la Cour de cassation « est venue tempérer l'enthousiasme [doctrinal]¹¹⁸⁸ » en indiquant, dans un arrêt de 2003, « qu'en matière de vente civile, hors les cas expressément prévus dans

¹¹⁸³ Art. L. 211-10 du Code de la consommation, modi. par l'ordonnance n° 2005-136 du 17 fév. 2005, art. 1.

¹¹⁸⁴ Voir par ex. : Cass. civ., 10 janv. 1856, *DP* 1856. I. 254 ; Cass. req., 1^{er} déc. 1875, *DP* 1877. I. 450 ; Cass. civ., 1^{er} avril 1924, *S.* 1925. I. 371 ; Cass. com., 15 déc. 1992, *Bull. civ.*, IV, n° 421, p. 296 ; *JCP E.* 1993. I. 234, note P.-H. ANTONMATTEI ; *RTD civ.*, 1994, p. 346, obs. J. MESTRE.

¹¹⁸⁵ Voir par ex. : Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 111 ; *D.* 1997, somm., p. 345, note G. PAISANT.

¹¹⁸⁶ Voir par ex. : Cass. civ., 24 fév. 1959, *Bull. civ.*, I, n° 97 ; Cass. com., 21 déc. 1981, *Bull. civ.*, IV, n° 450 ; Paris, 17 mars 1987, *D.* 1988, jur. 219, note J. R. MIRBEAU-GAUVIN ; *RTD civ.*, 1988. 535, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 3^e, 8 mars 1995, *Bull. civ.*, III, n° 73.

¹¹⁸⁷ M.-E. PANCRAZI, *Réduction du prix*, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la dir. C. PRIETO, éd. PUMA 2003, p. 504 et 505.

¹¹⁸⁸ D. MAZEAUD, *La révision du contrat*, *op. cit.*, n° 3, p. 5

le Code civil, l'inexécution partielle de l'obligation de délivrance ne peut pas donner lieu à une révision judiciaire du prix¹¹⁸⁹ ». Cet arrêt manifeste le retour d'une attitude de réserve du côté de la haute juridiction française pour l'intervention du juge dans le contrat.

Conditions. - La réfaction judiciaire du contrat doit se soumettre à certaines conditions d'application. Celles-ci constituent à la fois les critères de la qualification de ce genre d'inexécution partielle de l'obligation de délivrance et les objets de l'interprétation judiciaire du fait contractuel. Selon les analyses des auteurs¹¹⁹⁰, les conditions de la réfaction concernent encore deux aspects : l'utilité économique objective de la prestation livrée et l'économie subjective du contrat. Cette dualité implique que les interprétations, objective et subjective, jouent toutes les deux des rôles importants dans la réfaction du contrat.

D'une part, le juge doit vérifier l'existence objective de l'utilité économique de la prestation partiellement livrée. Autrement dit, même si l'exécution de l'obligation de délivrance est incomplète ou incorrecte, la prestation livrée peut toutefois satisfaire le besoin partiel du créancier au regard de l'utilité économique générale de la prestation similaire. D'autre part, le juge doit rechercher l'économie du contrat, c'est-à-dire le but commun des parties. Cette recherche vise en pratique à la commune intention ou au commun mobile déterminant des parties au moment de la conclusion du contrat. Elle est sans doute une interprétation des éléments subjectifs qui ont influencé le contenu du contrat. De plus, pour exercer une réfaction, le juge doit encore expliquer le rapport entre l'inexécution partielle de l'obligation de délivrance et la réalisation de l'économie du contrat. Même si l'inexécution partielle heurte la réalisation parfaite de l'économie du contrat, la partie exécutée de la prestation initiale correspond toutefois à l'exigence de l'économie du contrat. Autrement dit, l'économie du contrat n'est pas totalement ruinée par l'inexécution partielle de l'obligation de délivrance.

Même si la réfaction du contrat est provoquée par une inexécution partielle fautive, cette faute est plutôt objective, c'est-à-dire le fait d'inexécution, mais non le vice subjectif, psychologique ou de l'état d'esprit. La distinction des inexécutions,

¹¹⁸⁹ Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2003, *Defrénois*, 2003. 844, obs. E. Savaux, cité et raconté par D. MAZEAUD, in *La révision du contrat*, *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁹⁰ Voir D. MAZEAUD, *La lésion*, *op.cit.*, n° 13 ; G. PIETTE, *La correction du contrat*, thèse, *op. cit.*, n° 99.

volontaire et involontaire, est indifférente dans l'application de la réfaction du contrat¹¹⁹¹.

En outre, l'interprétation du contrat existe dans la réduction du prix opérée par les juges en vue de réaliser une réfaction du contrat. Le juge doit mesurer la distance quantitative entre la valeur de la prestation livrée et le prix initial et expliquer sa raison de réduire le prix initial. La difficulté de cette opération judiciaire se trouve dans l'appréciation exacte de la valeur de la prestation partiellement livrée, notamment lorsqu'il s'agit d'un défaut de qualité d'une prestation contractuelle. Pour préciser ce genre de défaut, le juge doit chercher les référentiels extérieurs du contrat. Donc, c'est plutôt une interprétation objective du fait contractuel.

Après une analyse sur la réfaction du contrat provoquée par l'inexécution partielle fautive, il est nécessaire de rechercher la possibilité d'une révision pour imprévision.

B. Révision pour imprévision

L'imprévision correspond à une situation dans laquelle, « à la suite d'événements imprévus par les parties au moment de la conclusion du contrat, l'équilibre qu'elles avaient établi entre leurs prestations se trouve rompu¹¹⁹² ». Ces événements imprévus ne sont pas subjectivement imputables à l'imprudence ou à la faute d'une ou des deux parties contractantes. Ils sont issus d'un changement imprévisible des circonstances extérieures au contrat initial. Se distinguant de la lésion, le changement de circonstances ne survient qu'après la conclusion du contrat. Il ne rend pas impossible l'exécution du contrat comme les cas de force majeure, mais rend seulement l'exécution du contrat extrêmement difficile ou beaucoup plus onéreuse. Se pose alors la question de savoir comment le droit des contrats apporte un remède au débiteur victime. (Le remède au débiteur victime constitue une question à envisager en droit des contrats).

¹¹⁹¹ Voir S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, op. cit., spéc. n° 833.

¹¹⁹² J.-L. MOURALIS, Imprévision, in *Répertoire civil*, éd. Dalloz, 2003.

Selon une vision juridique, l'imprévision implique, en droit français, une « théorie prétorienne élaborée par le Conseil d'État, mais rejetée par la jurisprudence civile (...) en vertu de laquelle le juge a le pouvoir de réviser un contrat à la demande d'une partie (...) par suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants (circonstances économiques, monétaires, etc.) et imprévisible lors de la conclusion (d'où le nom de la théorie)¹¹⁹³ ». MM. J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau s'accordent à penser que l'imprévision « concerne seulement les contrats comportant des obligations exprimées par une unité monétaire¹¹⁹⁴ ». En effet, **la théorie de l'imprévision consiste essentiellement à conférer au juge un pouvoir de réviser le contrat gravement bouleversé par le changement imprévisible des circonstances extérieures.**

La révision pour imprévision a été indirectement acceptée par la juridiction administrative française au nom de la nécessité d'assurer la continuité du service public depuis l'arrêt dit *Gaz de Bordeaux* de 1916¹¹⁹⁵. Cette position est suivie dans divers domaines par la jurisprudence administrative postérieure¹¹⁹⁶. En apparence, la juridiction administrative n'exerce pas une révision du contenu du contrat. Le débiteur exécute toutefois ses obligations contractuelles convenues au moment de la conclusion du contrat, mais il possède une faculté de demander une indemnité à l'administration, créancier du contrat, afin de compenser le préjudice subi dans l'exécution du contrat initial. Ce droit de demande n'est pas de nature extracontractuelle, car le préjudice vient justement de l'exécution fidèle des prestations contractuelles initiales. Or, l'économie du contrat est gravement bouleversée par le changement de circonstances qui ne relève pas de la faute des contractants ou du tiers. La jurisprudence administrative affirme substantiellement une modification de la contrepartie monétaire de la prestation du débiteur, même si cette indemnité est souvent insuffisante par rapport au coût d'exécution tenu par le

¹¹⁹³ Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, contribué par G. CORNU, 9^e éd. Puf, 2011, Imprévision (théorie de l').

¹¹⁹⁴ MM. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, L'effet du contrat, *op. préc.*, n° 291.

¹¹⁹⁵ CE, 30 mars 1916, *D.* 1916. 3. 25, concl. CHARDENET ; *S.* 1916. 3. 17, note HAURIOU ; *Grands arrêts adm.*, par M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, éd. Dalloz 2003, n° 32, p.191.

¹¹⁹⁶ Voir par ex. : en matière de transports, CE, 21 juil. 1917, *Compagnie générale des automobiles postales*, Rec. Lebon, p. 586 ; CE, 9 déc. 1932, *D.* 1933. 3. 17, note PELLOUX, *S.* 1933. 3. 9, note LAROQUE ; en matière de fournitures, CE, 8 fév. 1918, *Gaz de Poissy*, Rec. Lebon, p. 122, concl. CORNEILLE ; en matière de travaux publics, CE, 30 oct. 1925, *Mas-Gayes*, Rec. Lebon, p. 836 ; en matière de concession, CE, 15 juil. 1949, *S.* 1950. 3. 61, note J. MESTRE, CE, 23 janv. 1953, *Camerlo*, Rec. Lebon, p. 37.

débiteur. Par un arrêt important du 12 mars 1976¹¹⁹⁷, le Conseil d'État a réaffirmé la conception de sauvegarder l'équilibre financier de la transaction contractuelle, malgré la résiliation du contrat initial. En effet, l'idée de continuité du service public repose sur une considération de sauvegarde de l'utilité économique et sociale du contrat. La continuité du service public implique formellement la pérennité contractuelle en révisant la contrepartie initiale de la prestation de service public au moyen d'indemnité.

Si l'économie du contrat administratif a pour objectif le service public, celle du contrat général paraît multiple. La juridiction judiciaire prend en principe une position de la doctrine traditionnelle contre la révision pour imprévision. Cela implique que tous les essais pour faire évoluer le droit positif français sur ce thème envisagent les difficultés en matière de fondements légaux, jurisprudentiels et doctrinaux. Cependant, la révision pour imprévision peut toutefois trouver le soutien conceptuel, théorique, voire celui des règles légales, par l'interprétation du contrat, interprétation qui peut être subjective (1), objective (2) ou mixte (3).

1. Révision pour imprévision et interprétation subjective du contrat

L'idée classique de *rebus sic stantibus* favorise en effet l'interprétation subjective d'un contrat en vue de procéder à une révision pour imprévision. Cette interprétation repose toutefois sur la volonté véritable des parties, car selon l'idée de *rebus sic stantibus*, le consentement réciproque des parties se fonde sur la considération des circonstances présentes prévues par eux-mêmes au moment de la conclusion du contrat. Autrement dit, si l'état de fait qui existait au jour de la formation du contrat a extrêmement changé, le consentement exprimé précédemment par les contractants perd son fondement de fait, et la prévision préétablie n'est plus valable. Comme le relève Carbonnier, c'est une condition tacite du consentement des parties¹¹⁹⁸. Or, « la force obligatoire du contrat supposerait que les circonstances soient demeurées les mêmes¹¹⁹⁹ ». En cas de changements imprévisibles de circonstances, les parties doivent tout d'abord renégocier le contrat initial désormais

¹¹⁹⁷ CE, 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c. sté Sofilia*, AJ 1976, p. 552, concl. D.LABETOULLE.

¹¹⁹⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les obligations, op. préc.*, n° 1066, p. 2180.

¹¹⁹⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *art. op. cit.*, n° 4.

bouleversé, afin de procéder à une révision spontanée. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, l'idéologie classique du droit des contrats n'autorise pas le juge à opérer une révision judiciaire. Mais elle permet logiquement de résilier le contrat initial par les parties ou par le juge. Car, une fois que le contrat perd sa force obligatoire, il est en réalité anéanti.

Ici, l'interprétation subjective du contrat conduit à une recherche de l'authenticité du consentement des parties. Le but de cette recherche est de justifier soit l'obligation de renégociation, soit la révision spontanée, soit la résiliation de la convention. En effet, cette interprétation consiste à ruiner le fondement de la pérennité du contrat initial qui est postérieurement bouleversé par le changement imprévisible de circonstances. En pratique, le juge cherche principalement à expliquer les différences entre les circonstances initiales et postérieures de la formation du contrat, et le bouleversement de l'économie du contrat. L'hypothèse est que les parties « n'auraient pas contracté, ou auraient contracté différemment, si elles avaient pu prévoir les événements qui sont venus bouleverser les données de l'affaire¹²⁰⁰ ».

Pourtant, comme l'indique M^{me} Fauvarque-Cosson, « en droit interne français des contrats, *rebus sic stantibus* n'a jamais pu détrôner la règle selon laquelle chacun doit tenir sa promesse : *pacta sunt servanda*¹²⁰¹ ». Cela implique que ni le juge ni chacune des parties ne peut, en pratique, unilatéralement réviser le contrat initial ni y mettre fin. La seule solution est que les parties contractantes renégocient le contrat bouleversé pour conduire une révision convenue. Le droit positif français semble constater cette solution, car la juridiction judiciaire française prend une position de refus pour la théorie de l'imprévision, qui avait été manifestée par l'arrêt dit Canal de Craponne¹²⁰². Par cet arrêt, la Cour de cassation a interdit toutes les révisions judiciaires d'un contrat librement et clairement conclu par les parties, en soulignant l'indifférence de la considération du temps et des circonstances. Cette position de

¹²⁰⁰ J. CARBONNIER, Droit civil : Les obligations, *op. préc.*, n° 1066, p. 2180.

¹²⁰¹ B. FAUVARQUE-COSSON, art. *op. cit.*, n° 5.

¹²⁰² Cass civ., 6 mars 1876, *D.* 1876. 1. 193, note GIBOULOT ; *S.* 1876. 1. 161 ; *Grands arrêts civ.*, éd. Dalloz 2008, n° 65.

principe est en permanence confirmée par la jurisprudence judiciaire postérieure¹²⁰³. Récemment, la Cour de cassation a confirmé le postulat traditionnel en énonçant qu'« en l'absence de clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat, le juge ne peut pas le réviser même s'il devient déséquilibré¹²⁰⁴ ». Par conséquent, pour conserver la chance de renégocier le contrat imprévisiblement bouleversé par le changement de circonstances, les parties sont obligées d'insérer dans le contrat une clause qui marque une obligation de renégociation des parties.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (l'avant-projet Catala) propose aux parties de fixer, par anticipation, une clause de « négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles¹²⁰⁵ ». Or, « à défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation¹²⁰⁶ ». Cet avant-projet marque un avancement par rapport à l'idéologie classique. Il semble ici y avoir un impératif d'ordre public. En cas d'échec de la renégociation, « exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage¹²⁰⁷ ». Évidemment, l'avant-projet Catala s'inscrit plutôt dans la tradition française du droit civil. Comme l'indique M^{me} B. Fauvarque-Cosson, la règle supplétive créée par une clause de renégociation consiste à « inciter les parties à prendre en main leur destin contractuel¹²⁰⁸ ». L'intervention du juge ne peut être provoquée que par la demande d'une des parties. De plus, le juge n'a pas le pouvoir d'influencer le résultat de la renégociation entre les parties, ni le destin du contrat litigieux.

L'intangibilité de la force obligatoire du contrat écarte en effet l'interprétation subjective du contrat sur le fondement conceptuel de *rebus sic stantibus*. Les

¹²⁰³ Cass. civ., 4 août 1915, *D.P.* 1916. 1 22; 6 juin 1921, *S.* 1921. 1. 193, note HUGUENEY ; 15 nov. 1933, *Gaz. Pal.* 1934. 1. 68 ; Cass. com., 18 janv. 1950, *D.* 1950. 227 ; 6 mai 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 81 ; Cass. civ. 3^e, 10 déc. 2003, pourvoi n° 02-14990 (inédit) ; Paris, 28 janv. 2009, *RTD civ.*, 2009, p. 529, obs. B. FAGES.

¹²⁰⁴ Cass.civ. 3^e, 18 mars 2009, n° 07-21260, *LEDC*, mai 2009, p. 7, obs. A.-C. MULLER ; *RTD civ.* 2009. 528, obs. B. FAGES ; *RDC* 2009, p. 1358, obs. D. MAZEAUD.

¹²⁰⁵ Art. 1135-1 de l'avant-projet Catala.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, art 1135-2.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, art. 1135-3.

¹²⁰⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, *Le changement de circonstances, op. cit.*, n° 27, p. 84.

contractants ne possèdent la liberté contractuelle que dans les négociations initiales et postérieures du contrat. Pour refuser une intervention du juge, la doctrine traditionnelle souligne, d'une part, que le contrat est exclusivement une affaire des contractants : autrement dit, la révision judiciaire du contrat porte atteinte à la liberté contractuelle. D'autre part, rejetant la recherche du fondement de fait du consentement des parties, la doctrine traditionnelle met l'accent, au nom de la sécurité juridique, sur la conception de responsabilisation des contractants¹²⁰⁹. Le respect de la parole donnée est supérieur au respect de la volonté authentique des parties. En effet, l'autonomie de la volonté soutenue par la doctrine traditionnelle n'est qu'une liberté formelle, mais non une liberté substantielle.

La difficulté rencontrée par l'interprétation subjective du contrat incite les juges à tenter une interprétation objective du fait contractuel, pour remédier au déséquilibre contractuel causé par le changement imprévisible des circonstances.

2. Révision pour imprévision et interprétation objective du contrat

La théorie de l'imprévision créée par la juridiction administrative française repose sur la nécessité de la continuation du service public. M^{me} B. Fauvarque-Cosson indique que cette théorie est d'ordre public¹²¹⁰. Précisément, « cela signifie non seulement qu'elle s'applique à nonobstant toute clause contraire du cahier des charges (par exemple, une clause précisant que le prix n'est pas révisable), mais que la présence de clauses conventionnelles de révision n'empêche pas la théorie de jouer (telles des clauses de variation ou de révision, qui peuvent du reste être privées d'effet par des mesures de blocage des prix)¹²¹¹ ».

À partir des années 1990, s'inspirant de l'expérience judiciaire allemande, les juges français ont commencé à invoquer les notions-cadres, telles que la bonne foi ou la loyauté, pour construire un remède à l'imprévision. En 1992, l'arrêt *Huart*¹²¹², rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, a sanctionné l'absence

¹²⁰⁹ Sur ce thème, voir D. MAZEAUD, *La révision du contrat, art. op. préc.*, n° 30, p. 21. Rapp. voir Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges P. DIDIER, *art. op. préc.*, p. 268.

¹²¹⁰ B. FAUVARQUE-COSSON, *art. op. cit.*, n° 10, p. 73.

¹²¹¹ *Eod. loc.*

d'une obligation de coopération d'une des parties au regard de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil en jugeant que « la société BP n'avait pas exécuté [le contrat] de bonne foi ». En effet, cette société française des pétroles avait privé son cocontractant, l'exploitant d'une station-service, des moyens de pratiquer des prix concurrentiels lorsque le changement de circonstances avait provoqué la fragilité financière de ce distributeur. En 1998, la haute juridiction a réitéré, toujours en matière de contribution commerciale, la même solution en reprochant à un mandant d'avoir manqué « à son obligation de loyauté et à son devoir de mettre son cocontractant en mesure d'exécuter son mandat, le mandant, qui, informé des difficultés de son agent commercial, ne prend pas de mesures concrètes pour permettre à celui-ci de pratiquer des prix concurrentiels proches de ceux des produits vendus dans le cadre des ventes parallèles pour les opérateurs concurrents¹²¹³ ».

La controverse sur l'intérêt de ces arrêts existe toujours. Le débat s'inscrit d'abord dans la qualification juridique des arrêts cités ci-dessus. Certains auteurs y ont décelé l'existence d'une dépendance économique entre les parties, c'est-à-dire la domination d'une des parties sur une relation contractuelle¹²¹⁴. Ce caractère commun provoque une hypothèse que « les difficultés rencontrées par [les contractants victimes] n'étaient pas tant dues à un bouleversement imprévu des circonstances économiques, qu'à l'attitude du cocontractant¹²¹⁵ ». En réalité, cette interprétation doctrinale dénature le fait fondamental des arrêts. Malgré l'existence d'une dépendance économique entre les parties, le déséquilibre manifestement excessif est issu du changement de circonstances économiques extérieures du contrat, mais non de la lésion apparue au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, l'inégalité de puissance économique n'a pas vicié le contrat initial. Il ne faut pas confondre les étapes différentes dans lesquelles existe un déséquilibre contractuel. Analysant les deux arrêts précités, on constate que les difficultés rencontrées par la partie victime ont été postérieurement provoquées par l'évolution de la situation concurrentielle.

¹²¹² Cass. com., 3 nov. 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, n° 338; *Defrénois* 1993, art. 35663, n° 131, obs. J.-L. AUBERT; *JCP* 1993. II, 22164, obs. G. VIRASSAMY; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE.

¹²¹³ Cass. com., 24 nov. 1998, *Bull. civ.* 1998, IV, n° 277; *Defrénois* 1999, art. 36953, n° 16, obs. D. MAZEAUD; *JCP* 1999. I, 143, n° 5, obs. Ch. JAMIN et II, 10210, note Y. PICOD; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. MESTRE et p. 646, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹²¹⁴ MM. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, L'effet du contrat, *op. préc.*, n° 314, p. 379.

Le second débat se focalise sur la spécificité des arrêts précités. Comme le dit M. L. Thibierge, « ces arrêts ne s'inscrivent pas dans la théorie générale des contrats, mais dans un contexte spécifique : celui des contrats de distribution, marqués par le déséquilibre des forces entre partenaires contractuels¹²¹⁶ ». Si l'incertitude provisoire sur la portée de ces deux arrêts engendre la prudence ou l'hésitation de la doctrine du droit civil, les arrêts judiciaires de divers types de contrats sur le même sujet devraient pouvoir ensemble refléter une tendance d'évolution du droit positif des contrats. En fait, la Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu, en 1992, un arrêt remarqué, intitulé *Expovit*, en jugeant que « l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi¹²¹⁷ » contre un licenciement au prétexte de la suppression d'emploi. En 2007, la cour d'appel de Nancy a rendu un arrêt audacieux¹²¹⁸ qui repose clairement sur la doctrine de solidarisme contractuel et sur les fondements légaux des articles 1134, alinéa 3 et 1135 du Code civil. Elle réaffirme aux parties une obligation de renégocier en cas de changement imprévisible de législation, sous peine de responsabilité contractuelle de l'abus éventuel dans la renégociation. De plus, le juge de fond réserve implicitement un pouvoir de réviser le contrat en cas d'échec des renégociations, par voie d'interprétation de clauses contractuelles obscures ou ambiguës. Il faut souligner que le changement imprévisible du droit de l'environnement sur l'établissement d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre a extrêmement troublé l'économie d'un contrat de vente de vapeur, car les profits tirés de la vente de quotas ne sont pas, selon le contrat initial, équitablement partagés par les parties. Il existe un déséquilibre manifestement excessif de bénéfices, mais non de coûts d'exécution du contrat.

Évidemment, les contrats concernés par ces deux arrêts ne peuvent pas être qualifiés comme un contrat de distribution dont une partie domine la relation contractuelle sur l'autre. Mais la théorie de l'imprévision s'applique à eux

¹²¹⁵ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNÈS, éd. Economica, 2011, n° 348 ; voir aussi, N. MOLFESSIS, Les exigences relatives au prix en droit des contrats, in *Le contrat : question d'actualité*, LPA, 5 mai 2000, p. 41.

¹²¹⁶ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *op. préc.*, n° 347.

¹²¹⁷ Cass. soc., 25 fév. 1992, *Bull. civ.*, V, n° 121, p. 74 ; *D.* 1992, p. 390, note M. DEFOSSEZ, *somm.*, p. 294, obs. A. LYON-CAEN ; *JCP* 1992, I, 3610, n° 8, obs. D. GATUMEL ; *RTD civ.* 1992, p. 760, n° 5, obs. J. MESTRE.

¹²¹⁸ Nancy, 26 sept. 2007, *D.* 2008, p. 1120, note M. BOUTONNET ; *JCP* 2008, II, 10091, note LAMOUREUX ; *RDC* 2008, p. 738, obs. D. MAZEAUD et p. 759, obs. S. CARVAL.

judiciairement. Il ne faut donc pas nier un grand retentissement¹²¹⁹ des deux arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation pour l'année 1990 sur d'autres types de contrats, voire sur la théorie générale du droit français des contrats.

La réforme française du droit des contrats ne manque pas d'être influencée par la jurisprudence précitée. Même si l'avant-projet Catala s'inscrit dans la grande tradition française du droit civil, l'obligation de renégocier pour imprévision dont il traite, reflète toutefois une exigence d'ordre public. En outre, cet avant-projet tempère la rigidité du postulat de la force obligatoire du contrat en accordant la résiliation du contrat initial en cas d'échec de la renégociation. L'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des contrats dispose également l'obligation de renégocier pour imprévision. Mais il permet au juge de jouer un rôle plus positif en affirmant qu'« en cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe¹²²⁰ ». Or, l'avant-projet Terré, intitulé « Pour une réforme du droit des contrats » (2009), confère au juge un pouvoir de réviser, indépendant de la commune intention des parties, en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable¹²²¹.

L'affirmation doctrinale d'une obligation de renégociation pour imprévision n'implique pas encore une acceptation de la révision judiciaire pour imprévision, mais semble « particulièrement nécessaire en matière de révision pour imprévision¹²²² ». En effet, il est opportun de considérer l'intervention du pouvoir judiciaire comme un dernier remède de la pérennité du contrat. Selon une interprétation objective du contrat, l'obligation de renégociation des parties est issue d'un devoir de coopération ou de collaboration imposé par l'exigence de bonne foi ou de loyauté¹²²³. Comme l'a indiqué Carbonnier, « si l'on considère qu'il y a – ou, à tout le moins, qu'il devrait y avoir – un esprit d'association entre les deux parties du

¹²¹⁹ L'expression est utilisée par plusieurs auteurs, voir notamment B. FAUVARQUE-COSSON, Le changement de circonstances, *RDC* 2004, n° 19, p. 78 ; É. SAVAUX, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français, *RDC* 2010, p. 1061.

¹²²⁰ L'article 136 de l'avant-projet gouvernemental de réforme du droit des contrats, 2008.

¹²²¹ Voir art. 92, al. 3, de l'avant-projet Terré, élaboré par l'Académie des sciences morales et politiques, en stipulant qu'« en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

¹²²² B. FAUVARQUE-COSSON, *art. op. cit.*, n° 27, p. 84.

¹²²³ Voir Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, éd. LGDJ, 1989, n° 188 et s.

contrat successif, il n'est pas absurde de soutenir que toutes deux doivent coopérer, pour surmonter la crise survenue dans l'exécution du contrat¹²²⁴ ». Cette interprétation contourne effectivement la difficulté rencontrée par l'interprétation subjective du contrat en cas d'absence d'une clause préétablie de renégocier pour le changement imprévisible de circonstances, car la recherche de la volonté véritable des parties ne peut pas provoquer une obligation de renégocier pour imprévision dans le système juridique actuel. Or, l'impératif d'ordre public ne peut pas être conditionné par la volonté individuelle.

Pourtant, la révision judiciaire du contrat pour imprévision ne repose pas sur l'exigence de bonne foi, car le déséquilibre excessif du contrat n'est imputable à aucun contractant en cas de changement de circonstances. Le créancier ne s'engage qu'à renégocier le contrat initial avec son partenaire victime, mais non à donner un accord obligatoire à une quelconque modification du contrat. Selon un arrêt rendu le 3 octobre 2006, la Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'appel en indiquant que « l'article intitulé " clause de rencontre ", obligeant les parties à se rencontrer " en cas d'événement majeur affectant leurs obligations respectives ", n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications de contrat proposé par l'autre partie et, (...) l'article du contrat intitulé " adaptation et transfert du contrat ", selon lequel les parties ont convenu d'examiner ensemble " les moyens d'adapter le contrat aux évolutions économiques, techniques ou de réglementation ", n'oblige nullement les parties à réviser le contrat mais en autorise seulement la possibilité¹²²⁵ ». C'est la raison pour laquelle la cour d'appel de Nancy a fondé sa décision sur le double fondement légal, article 1134, alinéa 3 et article 1135 du Code civil, pour imposer aux parties une obligation de renégocier et également pour conserver une possibilité de révision judiciaire en cas d'échec de la renégociation. Alors, grâce à l'article 1135, les juges peuvent, au nom de l'équité, remédier exclusivement au contrat bouleversé par le changement imprévisible de circonstances en révisant souverainement le contenu extrêmement déséquilibré du contrat. Or, le pouvoir de réviser pour imprévision est toutefois accompagné de devoir pour les contractants. L'interprétation approfondie de ce devoir imposé par l'équité, règle d'ordre public, est inévitablement destinée à la conception du solidarisme contractuel.

¹²²⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil : Les obligations*, t. 4, 22^e éd. Puf, n° 150, p. 288.

Comme l'explique la cour d'appel de Nancy, « la doctrine a d'ailleurs donné à l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi une dimension nouvelle en considérant qu'au-delà des intérêts particuliers de chacun, une recherche de l'intérêt commun (voire du bien commun) doit animer les contractants et que l'éthique individualiste doit céder le pas à une justice contractuelle faite de solidarité¹²²⁶ ». Malgré les contestations doctrinales¹²²⁷ et l'attente discrète des tenants¹²²⁸, le succès du solidarisme contractuel semble de plus en plus évident dans l'évolution moderne du droit des contrats¹²²⁹.

3. Nécessité d'une interprétation mixte subjective et objective du contrat pour imprévision

L'objet de l'interprétation du contrat ne se limite pas à l'explication des vices de formation du contrat (vices du consentement ou lésion) et des vices d'inexécution partielle fautive du contrat (réfaction du contrat). Le changement imprévisible des circonstances autour du contrat oriente en effet l'interprétation judiciaire du contrat vers les éléments extérieurs. Précisément, le juge interprète la situation de changement des circonstances et ses influences sur l'exécution du contrat, mais non directement les stipulations ou les obligations contractuelles elles-mêmes. De plus, les parties sont souvent imposées des devoirs exigés par les règles d'ordre public extérieures du contrat afin de réaliser la renégociation et la révision du contrat.

Pourtant, l'opportunité d'une révision pour imprévision a besoin de fondements non seulement objectifs, mais aussi subjectifs. En effet, les devoirs de renégociation, de coopération, de collaboration, voire d'altruisme doivent être liés à l'économie du contrat. Or, l'économie du contrat repose sur les attentes communes subjectives des parties. L'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat a également recours à l'interprétation subjective du contrat. En outre, la prévision légitime des

¹²²⁵ Cass. com., 3 oct. 2006, pourvoi n° 04-13214, inédit, *D.* 2007, p. 765, note D. MAZEAUD.

¹²²⁶ Nancy, 26 sept. 2007, *D.* 2008, p. 1120, note M. BOUTONNET; *JCP* 2008, II, 10091, note LAMOUREUX; *RDC* 2008, p. 738, obs. D. MAZEAUD et p. 759, obs. S. CARVAL.

¹²²⁷ Voir L. LEVENEUR, Le solidarisme contractuel : un mythe, in *Le solidarisme contractuel, op. préc.*, p. 175 ; Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges P. DIDIER, *op. préc.*, p. 254.

¹²²⁸ Voir par ex. : D. MAZEAUD, obs. *RDC* 2008, p. 738, sur l'arrêt rendu par Nancy, 26 sept. 2007 ; Ch. JAMIN, Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, in *Le solidarisme contractuel, op. préc.*, p. 159.

¹²²⁹ Cf. M. MEKKI, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *RDC* 2010, p. 389-390.

parties doit être considérée dans la révision du contrat afin de rétablir un équilibre meilleur.

L'idée de *rebus sic stantibus* n'est pas inutilisable, car elle peut fournir à la théorie de l'imprévision un fondement déontologique dont l'authenticité de la volonté des parties doit être respectée pendant toute la durée du contrat. Cependant, cette idée consiste à inciter les parties elles-mêmes à modifier le contrat initial ou à refaire un nouveau contrat. La révision judiciaire pour imprévision obtient difficilement le soutien de *rebus sic stantibus*. Autrement dit, il y a une différence essentielle entre l'incitation à la renégociation du contrat initial et l'autorisation d'une révision judiciaire pour imprévision. La recherche de l'authenticité de la volonté des parties se focalise sur la sauvegarde de la prévision initiale des parties. Or, la révision pour imprévision consiste, dans une vision économique et sociale, à sauver l'équilibre contractuel en vue d'assurer l'utilité économique et la pérennité du contrat. Sur ce point, la solution de la juridiction administrative est identique à celle prise par la juridiction judiciaire. L'intervention judiciaire dans la révision du contrat reflète, en effet, l'exigence d'efficacité du contrat en droit privé contemporain. Donc, il faut constater que l'exigence d'ordre public constitue l'essence de la révision pour imprévision.

En pratique, la révision judiciaire pour imprévision est applicable. La mise en œuvre de la révision pour imprévision comporte généralement les étapes suivantes : le juge doit vérifier que le changement de circonstances autour du contrat initial est imprévisible et insurmontable pour les parties ; cette opération est exclusivement réalisée par une interprétation objective pure du contrat. Puis, le juge doit établir un lien causal entre ce changement de circonstances et le bouleversement de l'économie du contrat. Cette étape dépend à la fois de l'interprétation de l'influence objective du changement de circonstances sur l'exécution du contrat et l'interprétation des attentes communes subjectives des parties. Une fois le lien causal établi, l'obligation de renégociation des parties sera constatée. Le juge procède éventuellement à une interprétation sur l'échec de la renégociation en démontrant la faute ou l'abus d'une des parties, afin de justifier la responsabilité corrélative du contractant. Il s'agit d'une recherche de l'état d'esprit de la partie responsable dans l'interprétation. Enfin, la révision judiciaire doit avoir recours à l'article 1135 du Code civil en interprétant objectivement aux parties le devoir de respecter l'équité contractuelle.

En droit chinois, ni les « Principes généraux du droit civil », ni la « Loi sur les contrats », en tant que droit commun des contrats, n'ont établi une règle de révision pour imprévision. En fait, le projet de la loi sur les contrats comportait un article qui constate la révision du contrat en cas de changement de circonstances. Malheureusement, cet article a été supprimé, au dernier moment du vote, à l'Assemblée nationale des représentants populaires, à cause d'une objection majeure, en 1999. La Cour suprême de Chine a postérieurement, par l'interprétation de la loi, consacré cette règle. Selon l'article 26 du document interprétatif intitulé « l'interprétation des questions d'application de la loi sur les contrats » de 2009¹²³⁰, « après la formation du contrat, si les circonstances concernant le contrat envisageaient un changement radical imprévisible, et qui est distinct des risques commerciaux normaux et de la force majeure, et si la continuation de l'exécution du contrat provoquait l'injustice évidente ou rompait la réalisation du but du contrat d'une des parties, le contractant victime peut demander la modification ou la résolution du contrat devant le tribunal qui doit, selon le principe de justice, déterminer une modification ou une résolution au regard du fait litigieux ».

Cet article confère au juge le pouvoir d'apprécier souverainement l'opportunité de la modification ou de la résolution du contrat initial, sans disposer une obligation de renégociation au créancier. Pour appliquer cette règle jurisprudentielle, le juge doit interpréter le changement de circonstances qui suffit à réviser ou à mettre fin au contrat initial. Or, cette interprétation vise principalement l'influence des éléments factuels externes sur l'exécution du contrat.

¹²³⁰ Voir 最高人民法院 Cour populaire suprême de Chine, le 9 fév. 2009, n° 法释 Fashi [2009] 5 号, 关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释 (二) *interprétation des questions d'application de la loi sur les contrats de R. P. Chine.*

Conclusion

L'interprétation du contrat est traitée, en tant que sujet important, par de nombreux auteurs. Elle concerne non seulement l'épistémologie de l'interprétation où la philosophie, l'histoire, la sociologie et la méthodologie jouent un rôle important, mais aussi l'opération pratique de l'interprétation du contrat dans le traitement des litiges. Notre travail de thèse a consisté à découvrir les points de vue, les méthodes et les théories qui peuvent prêter intérêt à la pratique judiciaire de l'interprétation du contrat. S'il a le mérite de pouvoir favoriser un léger développement de la recherche de l'interprétation du contrat, nos efforts ne seront pas vains.

Dans ce travail de thèse, nous avons analysé tout d'abord les causes et les conditions de l'interprétation du contrat en indiquant la nécessité de distinguer ces deux notions. En effet, l'établissement de cette distinction entraîne principalement deux conséquences : d'une part, écarter le critère d'une clause claire et précise dans les conditions de l'interprétation du contrat permet au juge du fond d'exercer, sans souci, son pouvoir souverain d'interprétation du contrat. D'autre part, constater la contestation d'une des parties comme condition unique de l'interprétation du contrat correspond parfaitement à la réalité de la démarche du pouvoir judiciaire.

En ce qui concerne les substances de l'interprétation du contrat, nous avons cherché à découvrir l'incohérence entre la définition doctrinale classique de l'interprétation du contrat et la réalité d'ambivalence de la démarche de celle-ci. Or, la cause profonde de cette incohérence réside dans la rigidité de la distinction traditionnelle du fait et du droit, qui conduit à une distinction entre l'interprétation et la qualification. Affirmant le grand mérite de la doctrine française dans la recherche de la qualification contractuelle, nous pensons que la signification du Droit est beaucoup plus large que le constat d'une catégorie juridique. L'interprétation du contrat n'est pas une pure question de fait, car elle fait toujours la navette entre le fait et le droit, tant conceptuellement que méthodologiquement. Les critères objectifs et rationnels d'interprétation fournissent aux juges les substances de l'interprétation

constructive. Le syllogisme juridique prouve, d'un autre côté, l'orientation du droit pour l'interprétation du fait contractuel.

Notre recherche des règles d'interprétation du contrat a reposé à la fois sur l'exégèse des directives classiques et sur l'analyse de l'utilité réelle de celles-ci. La découverte du sens et de l'esprit des règles d'interprétation dément, en effet, l'exclusivité de la recherche de la commune intention des parties dans la conception de l'interprétation du contrat, tant chez les grands juristes classiques que chez les rédacteurs du Code civil français. L'interprétation subjective du contrat ne constitue qu'un volet des activités d'interprétation du juge. Les critères objectifs et rationnels d'appréciation sont également des normes que le juge doit respecter dans l'interprétation du contrat. La comparaison entre les droits français et chinois manifeste les différences de la conception fondamentale d'interprétation de ces deux pays : le droit français maintient la primauté de l'interprétation subjective, le droit chinois l'interprétation objective.

Le comblement des lacunes du contrat a recours à l'interprétation objective du contrat. L'affirmation judiciaire d'une obligation de sécurité montre l'essence de l'interprétation objective du contrat : l'intervention des règles d'ordre public dans le rapport contractuel des parties. La justice sociale et l'utilité économique du contrat doivent être privilégiées.

Si l'on prend position sur la conception sociale et morale du contrat, il n'est pas difficile d'accepter une correction judiciaire d'un contrat légèrement illicite sur son contenu. L'interprétation du contrat joue, sans doute, un rôle important, parfois décisif, dans le rééquilibrage contractuel. Malgré les différences évidentes, l'interprétation du contrat est l'instrument nécessaire de la démarche de la révision du contrat.

Toutes les études du travail de thèse conduisent conceptuellement à une conclusion : l'interprétation du contrat ne doit se limiter ni dans la recherche de la commune intention des parties, ni dans la détermination authentique du juge au regard des critères objectifs. Elle doit, en effet, être caractérisée par une opération mixte subjective et objective. Autrement dit, l'interprétation du contrat se fonde sur la collaboration des méthodes subjectives et objectives.

Tout au long de ce travail de thèse, nous avons envisagé aussi l'avenir de l'interprétation du contrat. À partir des fruits de la recherche menée ici, des propositions législatives de la matière d'interprétation du contrat devraient pouvoir être posées. Selon nous, le futur projet de réforme du droit des contrats doit comporter les articles d'interprétation du contrat suivants :

Art. 1

On doit, dans les contrats, en premier rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, et quelles sont les obligations imposées, d'après la nature des contrats, par la loi, l'usage, l'équité et la bonne foi, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

À défaut de déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.

Art. 2

Les clauses interdépendantes dans un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence du contrat tout entier.

Dans l'ensemble contractuel qu'ils forment, les contrats interdépendants s'interprètent en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés.

Art. 3

Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet doit prévaloir sur celui qui ne lui en fait produire aucun.

Art. 4

Dans le doute, la clause contractuelle doit être prise dans le sens qui convient le plus à l'économie du contrat et à la nature du contrat.

Art. 5

Après l'application des articles précédents de la section, ce qui reste ambigu s'interprète par ce qui est d'habitude spéciale entre les parties, à défaut, par l'usage général dans le lieu où le contrat est réellement exécuté.

Art. 6

En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat qui n'ont pas été négociées s'interprètent, de préférence, à l'encontre de celui qui en est l'auteur.

Art. 7

En cas de silence des parties sur un certain contenu du contrat, les lacunes du contrat doivent être comblées au regard de la cohérence du contrat tout entier, de l'économie du contrat, de la nature du contrat et de l'usage.

Art. 8

En cas de réfaction du contrat ou de révision pour imprévision, les obligations judiciairement ordonnées doivent correspondre au moins à l'interprétation d'un des articles précédents de la section.

Bibliographie

I. Traités, ouvrages généraux

E. ACOLLAS, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, t. II, 2^e éd. Germer-Baillière, 1874.

J.-L. AUBERT, Le contrat, in *Connaissance du droit*, 3^e éd. Dalloz, 2005.

Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6^e éd. Marchal et Billard, 1936.

A. BENABENT, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, 2007, et 12^e éd., 2010.

G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil : des obligations*, t. II, 2^e éd. Tenin, 1902.

J. CARBONNIER, Introduction, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, éd. Puf, 1986.

J. CARBONNIER, *Droit civil : les obligations*, t.4, 22^e éd. Puf, 2000 ; *Droit civil : les obligations*, éd. Puf, Quatrige Manuels, 2004.

R. DEMOGUE, *Traité des obligations : sources des obligations (suite et fin)*, t. V, éd. A. Rousseau, 1925.

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, éd. A. Rousseau, t. 6, 1931.

Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, I, 4^e éd., 1869 ; t. 2, 2^e éd., 1871 ; t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, vol. 2, 2^e éd. Durand Hachette, 1871. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. III, 1870.

J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public et Legum delectus*, Livre 1, Titre I, Sec. II.

L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd. E. Boccard, 1927 ; *Traité de droit constitutionnel, t. II, La théorie générale de l'État, Élément, Fonctions et organes de l'État*, 3^e éd., E. de Brocard, , 1928 ; *Études de droit public, I, L'État, le droit objectif et la loi positive*, éd. Bibliothèque de l'Histoire du Droit et des Institutions, Paris, 1901.

A. DURANTON, *Traité des contrats et des obligations en général*, t. II, 1821.

M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations (I)*, Thémis droit, éd. Puf, 2008.

L. FAOREU et s., *Droits des libertés fondamentales*, 2^e éd. Dalloz, Paris, 2002.

J. FLOUR, *Cours de droit civil*, 2^e année de Licence, éd. Les cours de droit, 1964/65.

J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, par É. SAVAUX, 14^e éd. Sirey, 2010.

J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd. LGDJ, 1993.

J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M.BILLIAU, *Droit civil : les effets du contrat*, éd. L.G.D.J. 2001.

L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français : Théorie générale des obligations*, t. II, 3^e éd. Sirey, 1939.

P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 7^e éd. Dalloz, 2007.

Fr. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XX, 3^e éd. Bruylant Marescq, 1878.

Ph. LE TOURNEAU et al., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^e éd. Dalloz Action, 2010/2011, sous la dir. de Ph. LE TOURNEAU.

Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2000/2001, éd. Dalloz Action.

Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil : Les obligations*, 4^e éd., *Deffrénois*, 2009.

G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. I, *Les obligations*, 2^e éd. Sirey, 1988.

G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil : les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^e éd. Sirey, 1988.

H. L. et J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçon de droit civil*, t. II, *Obligations : théorie générale*, 9^e éd. Montchrestien, 1998.

H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd. Montchrestien, 1965.

M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd. LGDJ, Paris, 1931 ; *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par Esmein, 2^e éd. LGDJ, 1952.

M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Obligations contrats spéciaux, sûretés réelles*, 2^e éd. LGDJ, revue et complétée par G. Ripert, 1947.

R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, éd. Lettelier, t. 1, an XIII (1805).

G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiel*, t. II, Obligations, Droits réels, éd., 1957. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil* (après le Traité de Planiol), t. II, Obligations et droits réels, Paris, éd. LGDJ, 1957, 1943.

R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2^e éd., t. I, 1951.

B. STARCK, H. BOYER et H. ROLAND, *Droit civil : Obligations*, t. II, *Contrat*, 5^e éd. Litec, 1993, 1998.

F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 10^e éd. Dalloz, Paris, 2009, n° 443, p.462 ; 9^e éd. Dalloz, Paris, 2005.

G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, éd. LGDJ, 2008.

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, sous dir. Ghestin, 2^e éd. LGDJ, 2001.

A. WEILL et Fr. TERRÉ, *Droit civil : Les obligations*, éd. Dalloz, 1986.

王家福 *民法债权* *Les obligations du droit civil*, éd. 法律出版社 1991.

李永军 LI Yongjun *合同法* *Droit des contrats*, 2^e éd. 法律出版社 2005.

彭育生 PENG Suisheng, *合同法要义* *L'esprit essentiel du droit des contrats* éd. 中国政法大学出版社 Université Politique et Juridique Chine Press, Pékin, 2003.

王利明 WANG Liming, *合同法研究* *Recherche sur le droit des contrats* éd. 中国人民大学出版社 Renda Press, 2002.

王利明 WANG Liming et 崔建远 Jianyuan, *合同法新论·总论* *droit civil : dispositions générales*, éd. 中国政法大学出版社, Pékin, 2000.

崔建远 CUI Jianyuan, 韩世远 HAN Shiyuan, 王轶 WANG Yi et s. *Droit des contrats*, 5^e éd., 法律出版社, Pékin, 2010.

王泽鉴 WANG Zejian, *债法原理 (一) Théorie du droit des obligations*, 1^{ère} éd. 中国政法大学出版社, Université Politique et Juridique de Chine Press, Pékin, 2003.

史尚宽 SHI Shangkuan, *债法总论 Règles générale du droit des obligations*, 1^{ère} éd. 中国政法大学出版社, Université Politique et Juridique de Chine Press, Pékin, 2000.

韩世远 HAN Shiyuan, *合同法总论 Théorie générale du droit des contrats*, 1^{ère} éd. 法律出版社, Law Press, Pékin, 2004.

黄茂荣 HUANG Maorong (Taiwan), *债法总论 Théorie générale du droit des obligations*, tome 1, 1^{ère} éd. 中国政法大学出版社, Press, Pékin, 2003.

张广兴 ZHANG Guangxing, *债法总论 Théorie générale du droit des obligations*, 1^{ère} éd. 法律出版社, Law Press, Pékin, 1997.

II. Ouvrages spéciaux, monographies, cours

C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. I, éd. Cotillon et Fils, Paris, 1872.

M. BACACHE, *Rép. civ. Dalloz*, v^o *Indivisibilité*, 2001, n^o 76.

H. BATIFFOL, *Problème de base de philosophie du droit*, éd. LGDJ, 1979.

H. BATTIFOL, *La " crise du contrat " et sa portée*, Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968.

C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, éd. G. F. Flammarion, Paris, 1991.

J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, Thémis, droit privé*, éd. Puf, Paris, 2001.

C. BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, Préface de R. BOUT, éd. PUAM, 2002.

J. BODDE et C. MORRIS, *Le droit chinois : conception et évolution*, Institutions législatives et judiciaires, Science et enseignement, éd. Sirey, Paris, 1936.

J. BONNECASE, *L'École de l'exégèse en droit civil*, 2^e éd., Paris, 1924.

J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, éd. Dalloz, 1997, préf. P. RAYNAUD, n° 62, p. 275.

C. BOUGLE, *Solidarisme et libéralisme : réflexions sur le mouvement politique et l'éducation morale*, éd. E. Cornély, 1905.

L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, éd. Armand Colin, 1896.

C. BUFNOIR, *Propriété et contrat : théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, éd. A. Rousseau, 1900.

H. CAPITANT, *De la cause des obligations : contrat, engagements unilatéraux, legs*, éd. Dalloz, Paris, 1927.

H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12^e éd. Dalloz, 2008.

J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, éd. Flammarion, coll. Forum, 1996.

J. DABIN, *Théorie générale du droit*, éd. Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1969.

J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, paris, éd. Sirey, 1935.

Th. d'AQUIN, *Somme théologique*, partie II, éd. Desclée & Cie, trad. fr., 1925.

Ph. DELEBECQUE, *J.- CL. civ.*, fasc. art. 1217 à 1225, n° 11.

E. DE CALLATAY, *Études sur l'interprétation des conventions*, éd. Bruxelles-Paris, 1947.

J. DERRIDA, *La voix et le phénomène, introduction au problème du signe dans la phénoménologie de Husserl*, éd. Puf, Paris, 1967.

J. DONZELOT, *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, éd. Fayard, 1984, éd. Points-Seuil, 1994, p. 81.

W. DROSS, *Clausier*, éd. Litec 2008, « Interprétation », p. 310.

E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 11^e éd. Puf (1^{re} édition en 1893), coll. Guadrige, 1986.

G.-J. FAVARD DE LANGLADE, *Le Code civil des Français, suivi de l'exposé des motifs sur chaque loi ...*, t. 4, Paris, 1804.

J. ESCARRA, *Le Droit chinois*, éd. Libraire du Recueil Sirey, Paris, 1936.

FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, projet de livre préliminaire du Code civil, t. 2, titre V, art. 5, Paris, 1827.

B. FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd. Bruylant, Bruxelles, 2011.

H.-G. GADAMER, *Vérité et méthode : les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, éd. du Seuil, 1976.

F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Préf. R. SALEILLES, éd. LGDJ, Paris, 2^e éd., t. 1, 1919 et 1932.

J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, éd. LGDJ, 2006.

W.D. HART, *Dualism, A Companion to the Philosophy of Mind*, in Samuel Guttenplan (org), éd. Blackwell, Oxford, 1996.

R. HOWARD, *Dualism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, éd. Edward N. Zalta, 2003.

G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd. Giard, Paris, 1914.

L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Dalloz, 1928.

H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, éd. Bruylant-LGDJ, Bruxelles –Paris, 1999, trad. par Ch. EISENMANN.

L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire du titres III et IV du livre III du Code Napoléon, art. 1101 à 1386*, éd. Durant & Pédone-Lauriel, t. 7, 1885.

V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence...*, t. IV, 6^e éd., par P. Pont, 1866.

D. MAZEAUD, *Lésion, Rép. dr. civ.*, éd. Dalloz, 2007-2.

N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, éd. Puf, 1996.

J.-L. MOURALIS, Imprévision, in *Répertoire civil*, éd. Dalloz, 2003.

T. NAGEL, *La vue de nulle part*, trad. par Sonia Kronlund, éd. l'Éclat, 1993.

M.-E. PANCRAZI, *Réduction du prix*, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, sous la dir. C. PRIETO, éd. PUMA 2003.

Ch. PERELMANN, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, avec Lucie Olbrechts-Tyteca, éd. Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009.

Ch. PERELMAN, *La distinction du fait et du droit : le point de vue du logicien*, in *Le fait et le droit, Études de logique juridique*, éd. Bruylant, 1961.

A. PONSARD et Ph. BLONDEL, Nullité, in *Rép. civ.*, éd. Dalloz, 1973, n° 12, p. 2.

P. RICŒUR, *De l'interprétation, Essai sur Freud*, éd., du Seuil, 1965, p.29.

P. RICŒUR, *Interprétation et/ou argumentation*, in *Le juste*, éd. Esprit, Paris, 1995.

G. RIPERT, *Les règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949.

H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, t. II, adages A à L, éd. Hermès, 1978.

P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd. Sirey, 1951.

R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Nouveau tirage, LGDJ, Paris, 1929.

Ph. SIMLER, *J.-Cl. Civil*, art. 1156 à 1164, Fasc. 10, n° 10, Fasc. 20, n° 3, sep. 2009.

K. STOYANOVITCH, *La théorie du contrat selon E.B. Pachoukanis*, Archives de philosophie du droit, t.XIII, 1968, p. 89.

B. TEYSSIE, *Les relations individuelles de travail*, éd. Litec, 1992.

C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, t. VI, 5^e éd. Renouard, Gosselin, Bossange et Lecointe, 1830.

M. VAN DE KERCHOVE et Ph. GERARD, *Avant-propos*, in *L'interprétation en droit*, éd. Faculté universitaire Saint-Louis, Bruxelles, 1978.

M. VAN DE KERCHOVE, *La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques*, in *Théorie des actes de langage, Ethique et droit*, sous la dire. de P. AMSELEK, éd. Puf, 1986.

P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation judiciaire*, éd. Félix Alcan, Paris, 1907 ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, éd. Rousseau, Paris, 1912.

l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (dit avant-projet Catala), éd. La Documentation française, Paris, 2006, p. 77, article 1101-1. article 1101-2. P. CATALA, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, éd. *RDC* 2006/1,

L'avant-projet « *Pour une réforme du droit des contrats* » (dit avant-projet Terré), sous la direction Fr. Terré, éd. Dalloz, Thème & commentaire, déc. 2008.

Projet de cadre commun de référence, *Terminologie contractuelle commune*, avant-propos de B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008.

L'Avant-Projet gouvernemental de réforme du droit des contrats, 2008.

Principes contractuels communs, Projet de cadre commun de référence, Associ. Henri Capitant et Société de législation comparée, éd. Société de législation comparée, Paris, 2008.

Karl LARENZ, *德国民法通论 Introduction générale du droit civil allemand* a. par 王晓晔等 WANG Xiaoye et s., éd. 法律出版社 Law Press, 2003.

G. L. WILLIAMS, Language and the Law, *Law Quarterly Review* 71, 1945-1946.
苏惠祥, *中国当代合同法 (Le droit chinois des contrats modernes)*, éd. Université de Ji Lin Press 吉林大学出版社, 1992.

张晋藩 ZHANG Jinfan, *La tradition juridique chinoise et le changement de la forme à l'époque moderne (中国法律传统与近代转型)*, éd. 法律出版社, 1997.

王贵国 WANG Guiguo, *古代判例文献 (Recueil de décisions anciennes)*, *中国经济合同法概观*, vol. 3, 1986.

杨伯峻 YANG Bojun, *孟子译注 Annotation de la philosophie de Meng Zi*, 2^e tome, éd. 中华书局, 1960.

杨仁寿 YANG Renshou, *法学方法论 Les méthodes du droit*, éd. 三联书局 Sanlian, 1987.

加藤一郎 KATO Ichiro, *民法における論理と利益衡量* éd. 有斐阁, 1966.

梁慧星 LIANG Huixing, *民法解释学 Théorie de l'interprétation du droit civil*, éd. 中国政法大学出版社 Université politique et juridique de Chine Press, 2003.

孔祥俊 KONG Xiangjun, *司法理念与裁判方法 Philosophie judiciaire et méthodes du jugement*, éd. 法律出版社 Law Press de China, Pékin, 2005.

王泽鉴 WANG Zejian, *民法学说与判例研究 Doctrine du droit civil et recherche de la jurisprudence*, t. 1, éd. 三民书局 San Min Shujü (台湾 Taiwan), 1980.

王泽鉴 WANG Zejian (Taiwan), *民法学说与判例研究 Recherches sur les doctrines et les jurisprudences du droit civil*, tome 4, éd. 中国政法大学出版社 Université politique et juridique de Chine Press, Pékin, 1998.

最高人民法院研究室 Bureau de recherche de la Cour suprême de Chine, *La compréhension et l'application de « L'interprétation de certaines questions concernant l'application de la < Loi sur les contrats > (II) »*, sous la direction de 沈德咏 SHEN Yongde et 奚晓明 XI xiaoming, éd. Presse de la Cour populaire, 2009.

姚志明 YAO Zhiming (taiwan), *诚实信用原则和附随义务研究 Recherche du principe de bonne foi et des obligations accessoires*, éd. 元照出版社 Yuanzhao, Taiwan, 2003.

III. Dictionnaires, répertoires, recueils

Dictionnaire de la langue française, Le Grand Robert, vol. 5, éd. Robert ; *Le Grand Robert de La Langue Française*, tome 2, éd., Dictionnaire Le Robert, Paris, 1992.

Dictionnaire de la culture juridique, sous dir. de D. ALLAND et S. RIALS, terme « interprétation » par M.TROPER, éd. Quadriga/Lamy-Puf, 2003.

Asso. Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, sous dir. de G. CORNU, éd. Puf, 2011, terme « interprétation ». G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. PUF, 2007.

F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, éd., HACHETTE, Paris, 1934.

S. GUINCHARD, G. MONTAGHIER, *Lexique des termes juridiques*, 13^e éd. Dalloz, 2001.

Grand Larousse de la langue française, 6^e tome, éd. Librairie Larousse, 1977.

汉语大字典 *Grand dictionnaire de la langue chinoise* 汉语大字典编辑委员会, éd. 四川、湖北辞书出版社 Sichuan Hubei dictionnaire Presse, vol. VI, p. 3900 et 3925. vol. I, 1998.

IV. Thèses

Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, éd. LGDJ, 2000.

J.-L. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, thèse, Paris, éd. 1970.

D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, thèse Paris II, 2001.

Ph. BOURGEON, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques du droit romain et en droit français*, thèse Dijon, 1885.

L. BOYER, *La notion de transaction – Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. de J. MAURY, éd. Sirey, 1947.

S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris II, 2001.

S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Préface de D. TRUCHET, éd. Dalloz, 2001.

B. CELICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, préf. de J. CARBONNIER, éd. LGDJ, 1968.

G. CHANTEPIE, *La lésion*, préf. de G. Viney, éd. LGDJ 2006.

J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble II, 1996.

F. CHERIGNY, *La révision judiciaire des conventions en droit privé français*, thèse Poitiers, 1994.

N. COUMAROS, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique : étude critique de la conception classique*, thèse, éd. Sirey, Paris, 1931.

G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Préf. de J. FLOUR, éd. LGDJ, 1972.

G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, thèse, Université de Paris I, 2002.

S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, Préf. de B. TEYSSIE, éd. LGDJ, 2000.

Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, thèse ronéot, Aix, 1981.

N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Préf. H. MAZEAUD, bibl. dr. priv., t. 57, 1965.

E. DEMONTÈS, *De la lésion dans les contrats entre majeurs : étude de droit positif et de législation comparée*, éd. LGDJ, 1924.

G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, p. 88 et s.

R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, thèse dactyl., Paris II, 1992.

Ch. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, Préf. de P. HEBRAUD, éd. LGDJ, 1973.

M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Préf. de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 1992.

B. FAGES, *Les comportements du contractant*, Préf. de J. MESTRE, éd. PUAM, 1997.

G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Préf. de B. GOLDMAN, éd. LGDJ, 1963.

R. FRIEDERICH, *La sécurité juridique : confrontation entre théorie générale du droit et droit social*, thèse, Paris II, 2008.

S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Préf. de Y. LEQUETTE, éd. Economica, 2006.

J. GAUGUIER, *De l'interprétation des actes juridiques*, thèse, Université de Paris, éd. Arthur Rousseau, 1898.

A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Préf. de D. Tallon, éd. LGDJ, 1980.

E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, éd. A. Rousseau, Paris, 1912.

O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, Préf. de P. ANCEL, éd. PUAM, 1999.

C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, thèse Paris II, sous dir. de Y. LEQUETTE, 2005.

L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur l'habilitation du législateur*, préf. M. GOBERT, éd. LGDJ, 2004.

C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Préf. de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 1992.

G. HOUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., Paris, 1965.

D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. MUIR WATT éd. PUAM, 2001.

T. R. IONASCO, *L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux : étude de la doctrine et l'extension de la notion de cause en jurisprudence*, thèse, Paris, éd. Puf, 1923.

Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préf. Fr. CHABAS, éd. Dalloz, 2005.

T. JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, Préf. S. GUINCHARD, éd. PUAM, 2004.

R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1909.

D. LARDEUX, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, thèse dactyl., Paris II, 1999, éd. PU Septentrion, 2001.

G. LEPELLETIER, *Des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs en droit romain ou en droit français*, thèse Paris, éd. Saint-Quentin-Imprimerie J. Moureau, 1889.

J. LOPEZ SANTA MARIA, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse, Université de Paris, 1968.

A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, thèse, Nantes, 2004.

M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats : étude jurisprudentielle*, éd. Publication de l'Université de Rouen, 1991.

Ph. MALINVAUD, *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*, thèse Paris, Préf. de H. Mazeaud, éd. LGDJ, 1965.

J.-M. MARMAYOU, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les même parties (méthode de distinction)*, Préf. de J. MESTRE, éd. PUAM, 2002.

C. MARRAUDE, *La notion de la dénaturation en droit privé français*, Préf. P. LGARDE, éd. P.U. Grenoble, 1974.

G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse, éd. Sirey, Toulouse, 1929.

D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Préf. de F. CHABAS, éd. LGDJ, 1992.

J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, p.231.

M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, Préf. J. GHESTIN, éd. LGDJ 2004.

P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, thèse, dactyl., Université Paris II, 1997.

C. MOULY-GUILLEMAND, *Retour sur l'article 1135 du Code civil*, thèse, éd. LGDJ, 2006.

A. OTELELSANU, *Effets de la condition impossible, illicite et contraire aux mœurs dans les actes à titre gratuit*, thèse Paris, éd. Jouve, 1910.

C. OUERDANE-AUBERT de VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse Paris II, éd. Dalloz, 2002.

J.-F. OVERSTAKE, *Essai de la classification des contrats spéciaux*, thèse Bordeaux, éd. LGDJ, 1969.

Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse, Paris II, 1988.

S. PECH-LE GAC, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. de H. MUIR-WATT, thèse Paris XI, éd. LGDJ, 2000.

S. PELLE, *La notion de l'interdépendance contractuelle*, préf. de J. FOYER et M.-L. DEMMESTER, éd. Dalloz, 2007.

C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Préf. G. VINEY, éd. LGDJ, 2004.

Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, thèse Paris II, 2006.

Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, éd. LGDJ, t. 208, Préf. G. COUTURIER, 1989.

G. PIETTE, *La correction du contrat*, vol. 2, éd. PUAM, 2004.

S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. de J. BEAUCHARD, éd. PUAM, 2004.

J. PIZE, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse Lyon, éd. Arthur Rousseau, 1897.

Ph. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993.

A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse, éd. L.G.D.J., 1961.

J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Préf. J. GHESTIN, éd. LGDJ, 1999.

G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965.

R. HOUIN, Rapport, in *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de L'Asso. Henri CAPITANT, t. III, 1947, éd. Dalloz, 1948, p. 243.

R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, préf. de J. GHESTIN, éd. LGDJ, 2000.

J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. de M. CABRILLAC, éd. Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1999.

Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, Strasbourg, éd. LGDJ, 1969.

Fr. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. LE BALLE, éd. LGDJ, 1957.

B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, préf. de J.-M. MOUSSERON, éd. LGDJ, 1975.

L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Préf. L. AYNÈS, éd. Economica, 2011.

G. WEISZBERG, *Le « raisonnable » en droit du commerce international*, thèse, Université de Paris II, 2003.

G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution de l'analyse de l'acte juridique*, Préf. de J. AMIEL-DONAT, éd. LGDJ, 1997.

侯国跃 HOU Guoyue, *契约附随义务研究* *Recherche sur les obligations accessoires de la convention*, thèse, 西南政法大学 Qing, 2006. 西南政法大学 Université

周艳 ZHOU Yan, *合同解释论* *L'interprétation des contrats*, thèse, 吉林大学 Jilin, 2006. 吉林大学 Uni

V. Articles, chroniques rapports et comptes-rendus

P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.* (4), oct.-déc. 1999, p. 771 et s.

J.-F. ARTZ, Les clauses réputées non écrites en droit de la copropriété- ou le domaine respectif des articles 42, alinéa 2, et 43 de la loi du 10 juillet 1965, in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Études de droit de la consommation, éd. Dalloz, 2004, p. 29.

L. AYNES, Le devoir de renégocier, *RJ com.*, nov. 1999, n° spécial, n° 26, p. 19.

R. BAILLOD, *À propos des clauses réputées non écrites*, in Mélanges dédiés à L. Boyer, éd. Presse universitaire de Toulouse, 1996, p. 15.

M. BEHAR-TOUCHAIS, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA*, 30 sep. 1998.

J. BORÉ, Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, *RTD civ.* 1972, p.304, n° 117.

B. BOUBLI, La mort de la clause pénale ou le déclin du principe de l'autonomie de la volonté, *J. not.*, 1976. 1. 945.

S. BROS, Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, *D.* 2009, n° 14, p. 961-962 et p. 964.

P. CATALA, *La renégociation des contrats*, in Mélanges P. DIDIER, éd. Economica, 2008, p.91-99.

J. CEDRAS, Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation, in *Rapport de la Cour de cassation 2003*, p. 233.

J.-P. CHAZAL, De la signification du mot dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil, *RTD civ.*, 2001, p.265-283 ; Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?, in *La nouvelle crise du contrat*, sous dir. de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, éd. Dalloz, 2003, p. 123 et s.

D. COHEN, *La bonne foi : éclipse et renaissance*, in 1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, éd. Dalloz, 2004, p. 535.

G. COHENDY, Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public, *RTD civ.*, 1914. 33.

V. COTTEREAU, La clause réputée non écrite, *JCP* 1993. I. 3691.

P. DEUMIER et Th. REVET, *Ordre public*, Dictionnaire de la culture juridique, sous dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Puf, 2003, p. 1119-1122.

J. DUPICHOT, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil*, in *Mélanges J. FLOUR*, éd. Rép. du Notariat Defrénois, 1979.

G. DURRY, *L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit civil français*, Travaux d'Asso. Henri Capitant, t. XIV 1962, p. 611 et s. ; Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ?, *Resp. civ.et assu.*, juin 2001, p. 20 et s.

M. FABRE-MAGNAN, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in *Mélanges J. GHESTIN*, éd. LGDJ, 2001, p. 301 et s.

B. FAUVARQUE-COSSON, l'interprétation du contrat : observations comparatives, *RDC* 2007/2, p.482 ; Rapport général, in *La confiance légitime et l'estoppel*, éd. Société de législation comparée, 2007, p. 9 et s. ; Le changement de circonstances, *RDC* 2004, n° 1, p. 67-92.

M. FROMONT, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, 20 juin 1996, numéro spéc., p. 178.

J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, *D. chron.*, 1982, p. 1-10.

C. GRIMALDI, Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, *RDC* 2008/2, p. 208.

L. GRYNBAUM, La notion de solidarisme contractuel, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, in *Le solidarisme contractuel*, éd. Economica, 2004, p. 38.

J.-L. HALPERIN, La naissance de l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, 2, *doctr.*, p. 1176 et s.

C. HANNOUN, Remarques sur la prescription de l'action de nullité en droit des sociétés, *RDS*, 1991, p. 45 et s.

E. HOUSARD, L'économie du contrat, *Rev. jur. De l'ouest*, 2002/1, p. 7-65.

J.-G. HUGLO, La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 91.

T. IVAINER, *Qu'est-ce qu'un texte clair ?*, in *Le droit en procès*, ouvr. coll., Puf, 1983, p.147 et s.

Ch. JAMIN, Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, *Droit & Patrimoine*, n°58, mars 1998, p. 46-57 ; *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, *D.* 2002, p. 901 et s. ; *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique, in *Le solidarisme contractuel*, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, éd. Economica, 2004.

J. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, *D.* 1990.199 et s.

Ph. JESTAZ, Synthèse, in *Les divergences de jurisprudence*, sous la dir. de P. ANCEL et M.-C. RIVIER, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 355 ; *L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale*, mél. P. RAYNAUD, éd. Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 et s.

L. JOSSERAND, Le contrat dirigé, *DH* 1933, *chro.* p. 91.

P. JOURDAIN, Le fondement de l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, 2, *doctr.*, p. 1197 et s.

J. KULLMANN, Remarques sur les clauses réputées non écrites, *D.* 1993. *chr.* 59.

Y. LAMBERT-FAIVRE, Fondement et régime de l'obligation de sécurité, *D.* 1994, *chr.* 81.

H. LECUYER, *Le contrat, acte de prévision*, in Mélanges F. TERRE, éd. Dalloz, Puf et J. – C., 1999, p. 651-654 ; Redéfinir la force obligatoire du contrat ?, in *LPA*, 6 mai 1998, p. 44 et s.

Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges P. DIDIER, éd. Economica, Paris, 2008, p. 248.

Y. LETARTRE, Requiem pour une clause pénale, *Rev. jur. com.*, 1978. 101.

L. LEVENEUR, Le forçage du contrat, *Droit & Patrimoine* 1998, p. 69 et s. ; Le solidarisme contractuel : un mythe, in *Le solidarisme contractuel*, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, éd. Economica, 2004, p. 175.

G. LOISEAU, Typologie des choses hors du commerce, *RTD civ.* 2000. 47.

Ph. MALAURIE, Le Code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte, *JCP* 2002, I, n° 15.

X. MARTIN, Sur l'essor et l'essence de l'individualisme libéral en France, *Bull. soc. fr. histoire des idées et l'histoire religieuse*, vol. 3, 1986, p. 37-85.

G. MARTY, Rôle du juge dans l'interprétation des contrats, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1949, t. V, éd. Dalloz, 1950.

F. MAUGER, *La qualification d'indivisibilité entre les contrats*, in Études offertes à B. MERCADAL, éd. Fr. Lefebvre, 2002, p. 205 et s.

D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, Mélanges offerts à F. TERRE, éd. Dalloz, Puf et J.- C., 1999, p. 603-634 ; La réduction des obligations contractuelles, *Droit & Patrimoine*, n° 58, mars 1998, p. 58-68 ; La matière du contrat, in *Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats*, éd. Dalloz, 2003, p. 81 et s. ; *La cause*, in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, éd. Dalloz, 2004, p. 451 ; Le régime de l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, 2, *doctr.*, p. 1201 ; *À partir d'un petit cas tragique outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilités...*, in Mélanges à G. VINEY, éd. LGDJ, 2008, n° 18, p. 725 ; La révision du contrat, *LPA* 30 juin 2005, p. 4 et s. ; Solidarisme contractuel et réalisation du contrat, in *Le solidarisme contractuel*, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, éd. Economica, 2004 ; *La politique contractuelle de la Cour de cassation*, in Mélanges Ph. JESTAZ, éd. Dalloz, 2006, p. 372 ; Rapport français, in *La confiance légitime et l'estoppel*, éd. Société de législation comparée, 2007, p. 247 et s. ; Brèves remarques sur la réforme du droit du surendettement, *Rev. de droit immob.*, 1995, p.277 et s. ; Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, in *La nouvelle crise du contrat*, sous dir. de Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, éd. Dalloz, 2003, p. 142 et s. ; Le nouvel ordre contractuel, *RDC*, oct. 2003, n° 13 et s. ; *Liberté contractuelle et sécurité juridique*, Rapport de synthèse présenté au 94^e Congrès des notaires, Defrénois, 15 oct. 1998, p. 1143.

H. MAZEAUD, Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extracontractuelles ; obligations déterminées et obligations générales de prudence et diligence, *RTD civ.* 1936, p. 1-38.

M. MEKKI, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, *RDC* 2010, p. 389-390.

B. MERCADAL, L'ordre public dans l'interprétation des contrats, *DPCI* 1980.

J. MESTRE, Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat, *RTD civ.*, 1998, 100.

M. MIGNON, De la solidarité générale et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ?, *RRJ* 2004, n° 39 et n° 40, p. 2177.

N. MOLFESSIS, La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit, *RTD civ.* 2000, p. 662 et s. ; Les exigences relatives au prix en droit des contrats, in *Le contrat : question d'actualité*, *LPA*, 5 mai 2000, p. 41.

G. MORIN, Le devoir de coopération dans les contrats internationaux, *Droit et pratique du commerce international*, 1980, p. 9 et s.

J. MOURY, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *RTD civ.*, 1994, p.255.

H. MUIR WATT, Reliance et définition du contrat, in *Prospectives du droit économique*. Dialogues avec Michel JEANTIN, éd. Dalloz, 1999 ; H. MUIR WATT, *Du contrat « relationnel »*, in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant 1999, t. IV, éd. LGDJ, 2000, p. 175.

G. NICOLAU, Inaccessible droit !, *RRJ* 1998, p. 15 et s.

Y. PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP* 1988 I 3318.

Ph. REMY, Les nouveaux développements de la responsabilité civile, *RGAT* 1996.529 ; Critique du système français de responsabilité civile, *Droit & cultures*,

1996, p. 31 et s. ; La genèse du solidarisme, in *Le solidarisme contractuel*, sous dir. L. GRYNBAUM et M. NICOD, éd. Economica, 2004, p. 10.

C. PUIGELIER, La maxime « nul n'est censé ignorer la loi », in *La loi. Bilan et perspectives*, sous la dir. de C. Puigulier, éd. Economica, t. 22, 2005, p. 309 et s.

S. RIALS, Les standards, notions critiques du droit, in Les notions à contenu variable en droit, Travaux du C.N.R.L., Études publiées par Chaïm PERELMAN et Raymond VANDERELST, éd. Bruylant, Bruxelles, 1984.

G. ROUHETTE, *La force obligatoire du contrat – rapport français*, in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*, sous la direction de D. TALLON et D. HARRIS, éd. LGDJ, 1987, p. 31.

R. SALEILLES, *La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage - Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de révision du code civil*, Bull. de la société d'études législatives, 1911, p. 351.

É. SAVAUX, L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français, *RDC* 2010, p. 1061.

C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation des contrats, *RTD civ.* 1997, p. 357-385.

H. TROFIMOFF, Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats, *RHDFE*, 72 (2) avr.-juin 1994, p. 203 et s.

M. VAN DE KERCHOVE, *Le sens clair d'un texte : argument de raison au argument d'autorité ?*, in G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (dir.), *Argument d'autorité et argument de raison en droit*, éd. Nemesis, 1988, p. 291 et 307.

G. VINEY, Rapport de synthèse, Colloque sur l'obligation de sécurité, *Gaz. Pal.* 1997, p.1213.

G. WICKER, *Fiction*, Dictionnaire de la culture juridique, sous dir. D. ALLAND et S. RIALS, éd. Puf, 2003, p. 716-720.

Ministère de la Justice, *Projet de réforme du droit des contrats*, art. 154, juillet 2008.

Actes du colloque du 20 mars 1998, organisé par la faculté de droit de Paris V, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA*, 30 septembre 1998.

崔建远 CUI Jianyuan, *合同解释论* Essai général sur l'interprétation des contrats, *合同法评论* *Commentaires du droit des contrats*, n° 2, sous la direction de 王利明 WANG Liming et 奚晓明 XI Xiaoming, éd. 人民法院出版社 Cour populaire Presse, 2004.

王利明 WANG Liming et 奚晓明 XI Xiaoming, éd. 人民法院出版社 Cour populaire Presse, 2004.

韩世远 HAN Shiyuan, *合同解释论* Essai sur l'interprétation des contrats *合同法评论* *Commentaires du droit des contrats*, n° 2, sous la direction de 王利明 WANG Liming et 奚晓明 XI Xiaoming, éd. 人民法院出版社 Cour populaire Presse, 2004.

胡基 HU Ji, *合同解释的理论及规则研究* Recherche sur la théorie et les règles d'interprétation du contrat, in *民商法论丛* *Traité de droits civil et commercial*, Vol. 8, sous dir. LIANG Huixing, éd. 法律出版社 Law Press de China, 1997.

徐涤宇 XU Diyu, *论合同的解释* L'interprétation du contrat, in *民商法论丛* *Traité de droits civil et commercial*, Vol. 8, sous dir. LIANG Huixing, éd. 法律出版社 Law Press de China, 1997.

朱苏力 ZHU Suli, *解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问* Les difficultés de l'interprétation : Questions aux quelques méthodes des textes juridiques, éd. 中国社会科学 Science sociale chinoise, 1997, n° 4, p. 34.

梁慧星 LIANG Huixing, *诚实信用原则与漏洞补充* Principe de bonne foi et comblement des lacunes des lois, *法学研究* *Revue de la recherche du droit*, 1994, n° 2, p. 24.

费安玲 FE Anling,

论合同法中的

contrats, *中国司法 Revue de la justice chinoise* 1999.10, p. 27.

王海霞和潘丹 WANG Haixia et PAN Dan, 关于附随义务的几个问题 Quelques questions sur les obligations accessoires, *理论界 Le Monde théorique (Revue)* 2000.6, p. 49.

梁慧星 LIANG Huixing, 统一合同法的成功与不足(上) Les succès et les inconvénients de la loi uniformisée sur les contrats (1), *中国法学 Droit chinois (Revue)* 1999.6, p. 26.

道文 DAO Wen, 试析合同法上的附随义务 Essai de l'analyse des obligations accessoires en droit des contrats, *法学 Droit (Revue)* 1999.10, p. 24.

韩世远 HAN Shiyuan, 合同责任的争论与反思 Les controverses et la réflexion sur la responsabilité contractuelle (1), *人民法院报 Journal de la Cour populaire* 2001.6.22.

叶知年 YE Zhinian, 合同法应设立附随义务 La nécessité d'établir les obligations accessoires en droit des contrats, *政治与法律 Politique et Droit (Revue)* 1999.1, p. 39.

吕忠梅 LU Zhongmei, 论合同制度的生态化拓展 L'extension biologique du régime contractuel, *河南师范大学学报 Revue scientifique de l'Université normale de Henan (Philosophie et Science Sociale)*, 2004.5, p.51.

张弛和鲍治 ZHANG Chi et BAO Zhi, 附随义务论 De l'obligation accessoire, *华东政法学院学报 Revue scientifique de l'Université Politique et Juridique de Huadon*, 1999.6, p. 23.

韩晓飞 HAN Xiaofei (juge du fond au tribunal de Men Tou Gou de Pékin),
论第三人侵权时特定场所经营者的保护义务 L'obligation de sécurité de certain endroit
d'exploitation au moment d'un délit par tiers, in

民商法理论

de la théorie du droit civil et commercial et de la pratique judiciaire, sous dir.

万鄂相

WAN Exiang, éd.

人民法院出版社 et Cour populaire Pre

VI. Notes et observations

S. AMRANI-MEKKI: Cass. com., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-10.452, *D.* 2007, pan., p. 2970 ;

L. AYNÈS : Paris, 24 oct. 1986, *D.* 1987, somm. 443 ; Cass. com., 17 juin 1997, *Rép. Defrénois* 1997, 1424 ; Cass. com., 4 avril 1995, *Bull. civ.* IV, n° 115 et 116, *D.* 1995, somm. comm., p. 231 ;

V. AVENA-ROBARDET : Cass. civ. 1^{re}, 21 janv. 2003, *Bull. civ.* 2003, I, n° 19; *D.* 1993, p.693;

H. BATIFFOL : Cass. civ. 1^{re}, 6 juill. 1959, *Rev. crit. DIP* 1959. 708 ;

J. BIGOT: Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 1990, *JCP* 1991.II.21656;

M. BILLIAU : Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1993, *Bull. civ.* 1993, I, n° 287; *JCP G* 1994, I, 3757, n° 6 s.

J. BORÉ : Cass. com, 6 juillet 1993, *J.C.P.* 1993, éd. G., II, 2126 ;

BRUSCHI : Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, *RDC* 2008/4, p. 1214 ;

M. CABRILLAC : Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1994, *RTD com.*, 1995, 170;

J. CASEY : Cass. com., 17 juin 1997, *D.* 1998, 308;

D. COHEN : Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261, p. 223, *JCP* 1997.II.22881 ;

CORNUEY : Cass. 3^e civ., 5 fév. 1971, *D.* 281;

A. CONSTANTIN : Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 05-21.316, *JCP* 2007.I.195, n° 11 ; Cass. com., 15 juin 1999, *JCP G*, 2000, I, 215, n° 8 ; Cass. com., 15 juin 1999, *JCP G* 2000, I, 215 ;

Ph. DELEBECQUE : Cass. com., 21 juin 1988, *JCP* 89, éd. E, II, 15519 ; Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261, p. 223, *D.* 1997, somme.com., p. 75 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 286, p. 200 ; *Rép. Defrénois*, 1996, p. 1015 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 285, p. 198 ; *D.* 1999, somme. comm., p. 110 ; Cass. com., 15 fév. 2000, *D.* 2000, somm. comm., p. 364 ;

DELPECH : Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, *D.* 2008, p. 1547 ;

DERRUPPÉ : Cass. com., 21 juin 1988, *RTD com.* 1989, 59 ;

J. FLOUR : Sco., 11 juin 1942, *D.C.* 1943.135 ;

M.-O. GAIN : Cass. com., 16 avril 1991, *JCP* 92, II, 21871 ;

J. GHESTIN : Req., 31 mars 1886, *S.* 1886, 1, p. 260 ; Cass.com., 7 janv. 1975, *JCP G* 1975, II, 18167 ; Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 05-21.316, *D.* 2007.2574 ;

B. GROSS : Cass. civ. 1^{re}, 11 fév. 1986, *Bull. civ.* I, n° 27 ; *D.* 1986, 39e cahier, jurisprudence, p. 541-542

J. HUEL : Versailles, 21 mai 1986, *D.* 1987, 266 ;

Ch. JAMIN : Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, *Bull. civ.* I, n° 285, p. 198 ; *JCP* 1999. I. 114 ;

Y.-M. LAITHIER : Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 05-21.316, *RDC* 2007.1103 ;

Ch. LARROUMET : Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 223, *D.* 1997, chron. p.145 ;

D. LEGEAIS: Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1994, *JCP* 1995. II. 652;

L. LEVENEUR : Cass. com., 4 avril 1995, *Bull. civ. IV*, n° 115et 116, *CCC* 1995, n° 105 ; Cass. com., 15 juin 1999, *CCC* 1999, comm. n° 173 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1996, *CCC* 1997, comm. n° 42 ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1999 : *Contrat, conc., consom.* 1999, 156 ; Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000 : *Contrat, conc., consom.* 2000, p. 108 ; Cass. com., 9 nov. 1993, *Contrat, conc, comsom.* 1994, n° 23 ;

Ph. MALAURIE : Cass.com., 7 janv. 1975, *DS* 1975, p.516 ;

M.-H. MALEVILLE: Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 285, p. 198 ; *JCP* 1998. II. 10202;

D. MARTIN : Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, *D.* 2008, comm. p. 1954 ;

H. et L. MAZEAUD : Cass. com., 2 déc. 1947, *RTD civ.*, 1948. 332 ; Cass. Ass. Plénière, 9 mai 1984, *D.* 1985, chr. 13 ;

D. MAZEAUD : Cass. com., 14 oct. 1997, *Rép. Defrénois* 1998, 1040 ; Cass civ. 1^{re}, 11 mai 1999, *Rép. Defrénois* 1999, 992 ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2003, *Bull. civ. I*, n° 67, p. 51; *RDC* 2003, p. 39; Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 223, *Defrénois* 1997.333 ; Cass.1^{re} civ., 2 juin 2004, *RDC* 2004, p. 927 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, *Bull. civ. I*, n° 285, p. 198 ; *Rép. Defrénois* 1998, p. 1408 ; Cass. com., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-10.452, *RDC* 2008/2, p. 231 ; Cass. com., 15 fév. 2000, *Rép. Defrénois* 2000, p. 1118 ; Cass. com., 27 oct. 1998, *Rép. Defrénois* 1999, p. 1318 ; Cass. com., 15 juin 1999, *D.* 2000, somm. comm., p. 363 ;

J. MESTRE : Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 466, *RTD civ.* 1996, p. 611; Cass. com., 17 juin 1997, *RTD civ.* 1998, 100 ; Cass. com., 3 mai 1997, *RTD civ.* 1998, 101 ; *RTD civ.*, 1991.325 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 286, p. 200; *RTD civ.* 1996, p. 903 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 fév. 1986, *Bull. civ. I*, n° 27; *RTD civ.*,

1987, p. 100 ; Cass com., 13 juin 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 172; *RTD civ.*, 1996, 169 ; CA Toulouse, 21 fév. 1984, *RTD civ.*, 1984.707 ;

J. MESTRE et B. FAGES : Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2003, *RTD civ.* 2003, 287 ; Cass. com., 15 fév. 2000, *RTD civ.* 2000, p. 325 ;

I. NAJJAR, Cass. civ. 1^{re}, 1 oct. 1996, *Bull. civ.* I, n° 332; 6 janv. 1998, *Bull. civ.* I, n° 6; *D.* 1998, IR, p. 48; 3 avril 2001, *Bull. civ.* I, n° 94; 13 nov. 2003, *D.* 2004, J., p. 657 et s.

S. PIEDELEVRE : Cass. com., 17 juin 1997, *LPA*, 27 mai 1998, 33 ;

D. PIQUET : Cass. com., 4 avril 1995, *Bull. civ.* IV, n° 115et 116, *D.* 1995, somm. comm., p. 231, obs. L. AYNES ; *D.* 1996, p. 141 ;

G. RAYMOND : Cass. civ. 1^{re}, 7 juill. 1992, *D.* 1992, IR, p. 214; *CCC* 1992, n° 188

Ph. REIGNE : Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 286, p. 200; *D.* 1997, p. 500;

J. ROCHFELD: Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2003, *Bull. civ.* I, n° 67, p. 51; *JCP* 2003.I.142, n° 5;

A. SÉRIAUX : Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261, p. 223, *D.* 1997.121;

Y.-M. SERINET : Cass. com., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-10.452, *JCP G* 2007. II. 10119

Y. SERRA : Cass. soc., 20 fév. 1975, *D.* 1976, 142 ; Cass. 1^{re} civ., avril 1981, *D.* 1982, I.R. 200 ; Cass. soc., 10 juill. 2002 (trois arrêts), *D.* 2002. 2491 ;

J.-B. SEUBE : Cass. com., 4 avril 1995, *Bull. civ.* IV, n° 115et 116, *JCP*, E, 1996. I. 523, n°4 ;

Ph. SIMLER : Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, *JCP* 1997. I. 3991 ;

E. TERDIEU – GUIGUES et M.-C. SORDINO : Cass. com., 4 avril 1995, *Bull. civ.* IV, n° 115 et 116, *JCP*, E, 1996. II. 792 ;

梁慧星 LIANG Huixing, Cour suprême de Chine, 30 déc. 1994, Litige de contrat de vente entre la société d'import-export des produits mécaniques de Shaanxi et la société des matériaux pétrochimiques de Shaanxi, *Bull. civ. et com.*, VI, éd. 法律出版社 Law Press – China, 2003, www.law-times.net.

Cour suprême de Chine, *Règlements sur les preuves de procédure civile*, 6 déc. 2001, interprétation judiciaire (2001).

最高人民法院 Cour suprême de Chine, *全国民事审判工作座谈会纪要* *Compte-rendu de la conférence nationale sur le travail de jugement des litiges civils*, 22-27 juin 1993.

海淀区人民法院 Tribunal Haidian, (2001) 海经初字第299号判决书 Arrêt (2001) Hai jing Chu Zi n°299, *合同法疑难案例评析* *Grands Arrêts vol. 2002*, 北京市高级人民法院 法律出版社 Law Press, Pékin, Cour supérieure de Pékin, 2^e civ., éd.

Litige : Xingfa usine de vermicelles contre Société industrielle de Tongfa, commentaire 马强 MA Qiang (juge de la Cour supérieure de Pékin), *合同法新问题判解研究* *Analyses des nouvelles questions dans les arrêts sur les contrats*, éd. 人民法院出版社 Cour Populaire

Litige : Qixin usine de sable de rivière contre Société Tongjin de construction, p. 53-56. Voir aussi, Litige : Dacheng usine sidérurgique de Mongolie intérieure, Dafa SARL de matériaux sidérurgiques contre Jianhua SARL de construction, commentaire, 金剑峰、王闯和赵雅君 JIN Jianfeng, WANG Chuang et ZHAO Yajun (juges à la Cour), *合同纠纷典型案例评析* *Commentaires des arrêts typiques sur les litiges contractuels*, éd. Cour Populaire Press, 2004, p. 3-10.

上海市高级人民法院 Cour supérieure de Shanghai, (1999) 沪高经终字第612号
Arrêt (1999) Hu Gao Jing Zhong Zi n° 612 : www.baodianfa.cn.

Voir Mission des travaux législatifs du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de Chine, *Interprétation de la Loi sur les contrats de Chine*, sous dir. HU Kangsheng, 2008, <http://www.csllawyer.com.cn/html/26/0882147.htm> .

« *Principes généraux du droit civil de R.P. Chine* » (1986) et art.105 des « *Opinions de la Cour suprême de Chine sur les questions dans l'application des Principes généraux du droit civil* » (1988).

最高人民法院 Cour populaire suprême de Chine, le 9 fév. 2009, n° 法释 Fashi [2009] 5号, 关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释
Interprétation des questions d'application de la loi sur les contrats de R. P. Chine.

最高人民法院 Cour suprême de Chine, 关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释
Interprétation sur les problèmes d'application des lois dans les litiges de réparation des préjudices physiques, 法释 Fashi [2003] n°20, 28 déc. 2003.

最高人民法院 Cour suprême de Chine, art. 72, 关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见(试行)
Opinion d'application des « Principes généraux du droit civil », 26 janv. 1988.



Résumé :

En matière d'interprétation juridique, le rôle du juge se déroule entre le fait et le droit. Le juge est chargé non seulement d'analyser et de déterminer les éléments factuels, mais il a aussi, pour objectif, d'exercer la qualification du fait et d'appliquer les règles de droit. C'est la raison pour laquelle l'interprétation juridique est en générale divisée en deux aspects : l'interprétation du fait et celle du droit (ou de la loi). L'interprétation du contrat participe, en principe, au premier aspect. Précisément, la loi, en tant que règle générale et abstraite, est l'expression de la volonté générale, alors que le contrat n'est que la traduction de plusieurs volontés particulières.

Le projet de cette thèse cherche à analyser les problématiques provoquées par la théorie et la pratique de l'interprétation du contrat : dans quelle condition le juge peut-il exercer son pouvoir d'interprétation du contrat ? Interpréter un contrat, c'est interpréter la commune intention des parties ou plutôt interpréter un rapport contractuel intégré dans la vie sociale et économique ? L'interprétation du contrat peut-elle combler les lacunes du contrat ? Les règles d'ordre public peuvent-elles devenir le fondement de l'interprétation du contrat ? La correction du contenu du contrat a-t-elle besoin de participation de l'interprétation du contrat ?

La recherche des problématiques exposées ci-dessus détermine, en effet, l'intérêt du projet de cette thèse. Théoriquement, le travail de thèse défie la définition traditionnelle de l'interprétation du contrat, en glosant de nouveau le sens et l'esprit des règles classiques d'interprétation, et en analysant le rôle des règles d'ordre public dans l'interprétation du contrat. Pratiquement, le travail de thèse se fonde sur une recherche approfondie des fonctions de l'interprétation du contrat dans les activités judiciaires.

Descripteurs :

Interprétation contrat volonté subjective objective fait droit

Juge obligation comparaison

ABSTRACT

In terms of the legal interpretation, the role of the judge takes place between the facts and the law. The judge is not only charged with analyzing and determining the factual elements, but he also aims to exercise the qualification of the fact and apply the rules of law. This is why legal interpretation is generally divided into two aspects, *i.e.* the interpretation of the fact and that of the law. The interpretation of the contract, in principle, belongs to the first aspect. More precisely, the law, as general and abstract rule, is the expression of the general will, while the contract is only a translation of several individual wills.

This dissertation analyzes the issues aroused by the theory and practice of the interpretation of the contract: In what condition can the judge exercise his capacity of interpretation of the contract? Should the interpretation of the contract aim exclusively at the common intention of the parties or aim not only at the will of the contracting parties but also the internal and external objective elements of the contract? Can the interpretation of the contract fill in the lacunas of the contract? Can the rules of public order become the foundation of the interpretation of the contract? Does the correction of the content of the contract need the participation of the interpretation of the contract?

The research of the above mentioned issues determines, in fact, the interest of the plan of this dissertation. Theoretically, the work of this dissertation challenges the traditional definition of the interpretation of the contract, by annotating again the sense and the spirit of the classic rules of interpretation, and analyzing the role of the rules of public order in the interpretation of the contract. In practice, the work of this dissertation is founded on a profound research of the functions of the interpretation of the contract in the judiciary activities.

Keywords :

Interpretation contract will subjective objective fact law
 Judge obligation comparison

The interpretation of contract : a comparative approach in French and chinese law

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.