

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en
soutenue le 23 septembre 2015

Les arrhes : Etude franco-chinoise



Université Panthéon-Assas

LI Bei

Sous la direction de Monsieur le Professeur MICHEL GRIMALDI

Membres du jury :

M. le Professeur ALAIN BÉNABENT

M. le Professeur YVES-MARIE LAITHIER

Madame le Professeur MARIE GORÉ

Madame le Professeur ANNE-MARIE LEROYER



Université Panthéon-Assas

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.



Université Panthéon-Assas

Remerciements

Mes remerciements vont tout d'abord au Professeur Michel GRIMALDI, qui m'a aidé dans mes études du droit civil depuis Master 2, et qui a la gentillesse d'accepter de diriger ma thèse. Tous les conseils qu'il m'a donné durant les trois ans ont nourri ma réflexion.

Je remercie aussi tous les membres du Jury, les Professeurs Alain Bénabent, Yves-Marie Laithier, Marie Goré, Anne-Marie Leroyer. Ce n'est pas sans une grande angoisse que je soumet ce travail à un jury aussi prestigieux.

À cette occasion, je voudrais aussi exprimer mes gratitude pour tous les correcteurs de mon texte, et notamment Monsieur et Madame Martin. C'est eux qui m'ont aidé d'éliminer les fautes du français.

Je remercie enfin ma famille : à mes parents, qui me laisse faire ce que je veux vraiment dans la vie, à Lily, qui est toujours là pour me motiver pendant ces jours parfois difficile. Sans eux, ce travail n'aurait jamais été achevé.

LI Bei

Résumé (Veillez à être proche de 1700 caractères) :

En choisissant les arrhes comme objet de comparaison entre le droit français et le droit chinois, la présente étude entend montrer le lien entre la technique juridique et la fonction juridique d'une part, la relation entre la fonction d'une institution et son régime juridique d'autre part.

Le mécanisme et la fonction sont deux composantes distinctes de la convention d'arrhes. Les deux systèmes juridiques (la France et la Chine) connaissent le même mécanisme, les fonctions juridiques des arrhes s'éloignent cependant considérablement. Il y a en même temps une interdépendance entre ces deux éléments. D'une part, la fonction des arrhes détermine le rôle joué par le mécanisme. De l'autre côté, l'efficacité de la fonction juridique dépend largement du mécanisme sur lequel elle s'appuie.

La divergence fonctionnelle des arrhes se répercute nécessairement sur le régime de cette convention. En premier lieu, le problème du contrôle juridique se pose dans des termes différents. En second lieu, les effets juridiques du jeu des arrhes ne sont pas les mêmes en présence de différentes fonctions. La présente étude montre la nécessité d'assurer une adéquation entre la fonction poursuivie et le régime adopté.

À travers l'étude des arrhes, nous entendons survoler les deux systèmes juridiques dans leur ensemble, afin d'une part de permettre aux lecteurs français de mieux connaître le droit chinois, et d'autre part de mettre en lumière les divergences qui séparent les deux pays. L'exploitation de la jurisprudence chinoise constitue d'ailleurs une originalité marquée de la présente étude.

Descripteurs : Arrhes, acompte, clause pénale, condition potestative, dédit, droit comparé, fonction juridique, mécanisme juridique, régime juridique

Title and Abstract (Be sure to be close to 1700 characters) :

Earnest Money : A Franco-Chinese comparative study

By choosing the earnest money as the subject of comparison, the present study tries to illustrate the relationship between the legal technique and the legal function on the one hand, between the function of a legal institution and its legal regime on the other.

The technique and the function are two distinct components of the deposit. The technique of deposit is the same in the two contrary, whereas its functions differs a lot. At the same time, there is an interdependance between those two elements. The function of the deposit determines the role played by the technique. In return, the efficiency of the function depends on the legal technique used.

The functional difference also has an impact on the legal regime of the earnest money. Firstly, the problem of judicial control of the clause are not solved in the same way. Secondly, the legal effets produised by the contract of deposit varies according to the its different functions. The present study shows the necessity to assure the adequacy between the function of a institution and its legal regime.

Through this research, we intend to provide an overview of the two legal systems, in order not only to give the french readers a complete picture about Chinese law, but also to bring to light the divergences which seperate French law and Chinese law. The massive use of the chinese courts' decisions constitute a remarquable feature of the present work.

Keywords : earnest money, down payment, penalty clause, potestative condition, forfeit, comparative law, legal function, legal technique, legal regime



Principales abréviations

al.	Alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
CCC	Contrats Concurrence Consommation
Chron.	Chronique
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
D.	Recueil Dalloz
Dactyl.	Dactylographique
Defrénois	Répertoire notarial Defrénois
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz.Pal.	Gazette du palais
Ibid.	Au même endroit
Infra.	Ci-dessous
JCP E	La Semaine juridique, édition entreprises et affaire
JCP G	La Semaine juridique; édition générale
JCP N	La Semaine juridique, édition notariale
LCC	Loi chinoise des contrats
LCDR	Loi chinoise des droits réels
LCS	Loi chinois des sûretés
PDEC	Principes du droit européen des contrats
RDC	Revue des contrats
<i>Rép. civ.</i> Dalloz	Répertoire Dalloz de droit civil
<i>Rev. Civ. lég. jur.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. dr. immo.</i>	Revue de droit immobilier
RHD	Revue historique de droit français et étranger
RIDC	Revue internationale de droit comparé

RRJ	Revue de recherche juridique – droit prospectif
RTD.civ	Revue trimestrielle de droit civil
RTD.com	Revue trimestrielle de droit commercial
Spéc.	Spécialement
Supra.	Ci-dessus

Sommaire

<u><i>Introduction</i></u>	13
<u><i>Première Partie : Approche statique – Les composantes de la convention d'arrhes</i></u>	44
<u>Titre I mécanisme et fonction : deux composantes distinctes de la convention d'arrhes</u>	45
Chapitre I <u>Le mécanisme des arrhes – aspect objectif de la convention</u>	45
Section I <u>La remise effective des arrhes</u>	46
§1 <u>La notion de contrat réel</u>	46
A <u>Le contrat réel en droit français</u>	47
B <u>Le contrat réel en droit chinois</u>	50
§2 <u>Les effets juridiques de la qualification du contrat réel pour la convention d'arrhes : le cas du droit chinois</u>	53
A <u>L'effet de la remise d'arrhes</u>	53
1. <u>La remise effective conditionne la prise d'effet de la convention d'arrhes</u>	53
2. <u>Le rôle de l'écrit dans la formation de la convention d'arrhes</u>	56
B <u>La valeur juridique de la promesse d'arrhes</u>	58
Section II <u>Le mécanisme de perte ou de double restitution</u>	60
§1 <u>Le cas chinois : le jeu des arrhes conçu comme une technique de « sûreté »</u>	61
A <u>La qualification de « sûreté » pour les arrhes et la spécificité de l'objet de la garantie</u>	61
B <u>La qualification de « sûreté » et la technique empruntée</u>	63
§2 <u>La comparaison avec les sûretés sur somme d'argent en droit français</u>	68
A <u>La sûreté sur somme d'argent translative de la propriété</u>	69
B <u>La sûreté de somme d'argent non translative de propriété</u>	70
Chapitre II <u>Fonctions des arrhes, aspect subjectif de la convention</u>	72
Section I <u>La divergence fonctionnelle des arrhes en droit chinois et en droit français</u>	72
§1 <u>Affaiblissement des relations contractuelles des parties, une fonction commune mais différente au droit chinois et au droit français</u>	73
A <u>Les arrhes-débit du droit français et les arrhes-résolution du droit chinois : différence sur leurs champs d'application</u>	73
1. <u>Les arrhes-débit ne concernent que la formation du contrat</u>	74
2. <u>Les arrhes-résolution concernent aussi l'exécution du contrat</u>	75
B <u>Les arrhes-débit du droit français et les arrhes-résolution du droit chinois : une différence quant à leurs effets juridiques</u>	77
1. <u>Un droit de repentir garanti par les arrhes-débit</u>	77
2. <u>Efficacité limitée des arrhes-résolution</u>	78

<u>§2 Renforcement des relations contractuelles des parties, fonction réservée au droit chinois</u>	84
A <u>Les arrhes ayant pour fonction de garantir la conclusion définitive du contrat – Les arrhes-promesse</u>	84
B <u>Les arrhes ayant pour fonction d'assurer la bonne exécution du contrat – Les arrhes-exécution</u>	86
<u>Section II Réflexions sur les divergences fonctionnelles des arrhes en droit chinois et en droit français</u>	87
<u>§1 Les explications juridiques</u>	88
A <u>La vision différente du contrat dans les deux pays</u>	88
1° <u>Le rôle de la volonté</u>	89
a) <u>La volonté occupe une place centrale dans la conception du « contrat-source »</u>	89
b) <u>La valeur relative de la volonté sous l'empire d'une vision relationnelle du contrat</u>	91
2° <u>Le facteur temps dans le contrat</u>	97
a) <u>Le temps et le contrat-source</u>	97
b) <u>Le temps dans le contrat-relation</u>	99
B <u>Les besoins différents des deux systèmes juridiques</u>	100
1° <u>Le système juridique français : le besoin pour assouplir la force obligatoire du contrat</u>	101
a) <u>Difficulté de remettre en cause d'un contrat en phase d'exécution du contrat</u>	101
b) <u>Assouplissement du principe de l'intangibilité du contrat</u>	102
2° <u>Le système juridique chinois : le besoin pour une plus grande sécurité</u>	105
a) <u>L'extinction du contrat liée aux changements de circonstance</u>	106
α° <u>La théorie de l'imprévision</u>	106
β° <u>La force majeure</u>	109
b) <u>Extinction du contrat conçue comme une sanction pour l'inexécution</u>	111
α° <u>Résoudre le contrat pour le simple risque d'inexécution</u>	111
β° <u>Une conception extensive de la clause résolutoire</u>	112
c) <u>L'extinction du contrat en tant que droit discrétionnaires des parties</u>	113
α° <u>Droits discrétionnaires fondés sur la nature particulière de certains contrats</u>	113
β° <u>Les droits de résolution fondés sur la personne du titulaire</u>	115
<u>§2 Les autres explications historiques et culturelles</u>	116
A <u>Le contrat dans la Chine ancienne</u>	116
B <u>L'art de la distinction</u>	122
<u>Titre II mécanisme et fonction : deux composantes liée des arrhes</u>	127
Chapitre I <u>Le mécanisme d'arrhes et fonction poursuivie</u>	128
Section I <u>Utilité du mécanisme selon les différentes fonctions juridiques</u>	128

<u>§1 Rôle actif du mécanisme : les arrhes-exécution et des arrhes-promesse du droit chinois</u>	128
A <u>Le rôle des arrhes avant le déclenchement du jeu</u>	129
B <u>Le rôle des arrhes au moment du déclenchement du jeu</u>	129
<u>§2 Rôle passif du mécanisme : les arrhes-débit du droit français</u>	131
A <u>En droit commun : grief de la potestativité</u>	131
1° <u>la théorie de la condition potestative</u>	131
a) <u>Analyse critique de la thèse actuelle sur la prohibition des conditions potestatives</u>	131
b) <u>Essai d'une nouvelle présentation de la prohibition des conditions potestatives</u>	138
2 <u>Utilité du mécanisme d'arrhes dans le contrôle de la potestativité</u>	146
a) <u>Les arrhes garantissent le sérieux de l'engagement</u>	146
b) <u>Les arrhes diminuent le risque de l'arbitraire</u>	150
B <u>En droit de la consommation : prohibition des clauses abusives</u>	151
<u>Section II L'importance du mécanisme des arrhes en présence des différentes fonctions juridiques</u>	154
<u>§1 Le mécanisme des arrhes, monopole pour la fonction comminatoire</u>	154
A <u>Les cas où les parties ont employé le terme 'arrhes'</u>	154
B <u>Les cas où les parties n'ont pas employé le terme 'arrhes'</u>	155
<u>§2 Le mécanisme des arrhes, simple modalité pour la fonction libératoire</u>	156
A <u>Le rôle primordial de la volonté des parties</u>	157
B <u>De la présomption posée par l'article 1590 du Code civil français</u>	158
<u>Chapitre II L'efficacité de la fonction et le mécanisme d'arrhes</u>	161
<u>Section I L'impact du montant des arrhes sur la fonction juridique</u>	162
<u>Section II Le contrôle du montant des arrhes pour garantir l'efficacité de la fonction</u>	163
<u>§1 Une solution simple en droit chinois</u>	163
<u>§2 Un contrôle complexe en droit français</u>	164
A <u>Le montant insuffisant</u>	165
B <u>Le montant excessif</u>	165
1. <u>Réduction des arrhes-débit</u>	166
2. <u>Extension de la révision judiciaire des clauses pénales excessives</u>	169
a) <u>Extension condamnée par la jurisprudence</u>	169
b) <u>Révision indirecte par le biais de la requalification</u>	171
c) <u>Appréciation critique sur la légitimité d'une interprétation restrictive de l'article 1152 du Code civil</u>	173

Deuxième Partie : Approche dynamique – La mise en œuvre de la convention

d'arrhes.....181

Titre I Le contrôle juridique de la convention d'arrhes lors de sa mise en œuvre .182

<u>Chapitre I Les conditions d'admission du jeu des arrhes</u>	183
<u>Section I Les conditions d'admission des arrhes comminatoires</u>	183
<u>§1 Les arrhes-exécution en droit chinois</u>	183
<u>A Conditions requises pour l'inexécution</u>	184
<u>1. L'inexécution entraînant la défaillance du but contractuel</u>	184
<u>a) La notion de « défaillance du but contractuel »</u>	184
<u>b) Les manquements ayant pour effet de faire défaillir le but contractuel</u>	186
<u>2 L'inexécution doit être unilatérale</u>	189
<u>B Conditions non soumises au contrôle</u>	191
<u>§2 Des arrhes-promesse en droit chinois</u>	192
<u>A La non-conclusion du contrat</u>	192
<u>B Le manquement à l'obligation de négociation</u>	193
<u>1. Exigences particulières en présence des points arrêtés dans le contrat préliminaire</u>	194
<u>2 Un devoir de négociation en bonne foi</u>	196
<u>Section II Les conditions d'admission des arrhes libératoires</u>	197
<u>§1 Absence des autres causes légitimes pour rompre le contrat</u>	197
<u>§2 Une illustration particulière : la défaillance de la condition suspensive entraînant la restitution des arrhes</u>	199
<u>A La défaillance de la condition suspensive imputable au titulaire de dédit</u>	200
<u>1. L'article 1178 du Code civil, une règle de portée générale</u>	200
<u>2. L'article L.312-16 du Code de la consommation, une règle spéciale</u>	202
<u>B La défaillance de la condition suspensive non imputable au titulaire du dédit</u>	204
<u>1. La renonciation unilatérale de la condition suspensive</u>	205
<u>2. Proposition des solutions mieux adaptées</u>	208
<u>Chapitre II Le contrôle de l'usage de la convention d'arrhes</u>	211
<u>Section I Incertitude créée par l'existence d'un droit de repentir</u>	212
<u>§1 La renonciation à la faculté</u>	212
<u>A Caractérisation de la renonciation</u>	212
<u>1. Le commencement d'exécution</u>	213
<u>2. L'écoulement du temps</u>	214
<u>B Moment de la renonciation</u>	215
<u>§2 Autres moyens concevables</u>	219
<u>Section II De l'abus dans l'usage du droit de repentir</u>	220
<u>§1 La possibilité du contrôle</u>	221
<u>A Droit discrétionnaire, une catégorie discutée</u>	221
<u>1. Impossibilité de déterminer le domaine</u>	221
<u>2. Fragilité des justifications avancées</u>	223
<u>B Droit discrétionnaire, une qualification inappropriée pour la clause de dédit</u>	224
<u>1. Une qualification infondée en théorie</u>	224

2. Une qualification démentie en droit positif.....	227
§2 La réalité du contrôle.....	228
A Un régime incertain.....	228
1. Incertitude sur l'intensité du contrôle.....	228
2. L'incertitude quant aux sanctions applicables.....	231
B Une mise en œuvre exceptionnelle.....	235
<u>Titre II Les effets juridiques de la convention d'arrhes.....</u>	238
Chapitre I Les effets sur le sort du contrat.....	239
Section I L'anéantissement du contrat : une issue normale.....	239
Section II Le maintien du contrat : une issue incertaine.....	241
Chapitre II Les effets pécuniaires.....	242
Section I Les effets pécuniaires propres aux arrhes.....	243
§1. La sanction n'est pas automatique.....	243
§2. Une sanction insusceptible de modération judiciaire.....	243
Section II Les arrhes et la clause pénale.....	245
§1. La clause pénale en droit chinois.....	245
A La notion de la clause pénale.....	246
B Le régime juridique de la clause pénale.....	248
§2. Articulation de la clause pénale avec la convention d'arrhes.....	254
A Exclusion du cumul en cas d'arrhes-exécution.....	255
B Admission du cumul en cas d'arrhes-résolution.....	257
Section III Les arrhes et les dommages-intérêts de droit commun.....	258
§1. Les dommages-intérêts en général.....	258
A La responsabilité civile précontractuelle en droit chinois.....	258
B La responsabilité civile contractuelle en droit chinois.....	261
§2. L'articulation de la convention d'arrhes avec les dommages et intérêts.....	264
<u>Conclusion.....</u>	271
<u>Bibliographie.....</u>	287
<u>Index.....</u>	318

Introduction

1. Un fort intérêt théorique du droit chinois pour les comparatistes français

Pour les juristes français, une étude comparative entre le droit chinois et le droit français présente un fort intérêt sur le plan théorique¹.

Si « *la comparaison, dans sa démarche même, doit poursuivre l'objectif de faire ressortir le divers dans le droit et de justifier ce divers* »², le droit chinois présente une altérité marquée par rapport à la majorité des systèmes juridiques occidentaux. « *La Chine est tout d'abord le principal Etat asiatique. Sa culture, qui est en grande partie commune à l'ensemble de l'Asie, a toujours favorisé une approche très particulière du phénomène juridique. En second lieu, la Chine est un Etat socialiste, qui a connu plusieurs décennies de collectivisme extrêmes. À nouveau, cette expérience a eu des conséquences fortes, parfois dramatiques, sur la conception chinoise du droit. Enfin, la Chine est un Etat autoritaire, ce qui ne peut manquer d'influer sur une ordre juridique* »³.

La divergence ne fait pas obstacle à une comparaison entre le droit chinois et le droit français⁴. Tout au contraire, « *la comparaison s'avère d'autant plus fructueuse que les entités comparées se révèlent essentiellement différentes* »⁵. Notamment, elle permet au droit comparé de jouer pleinement sa fonction « *subversive* »⁶. Comme disait l'éminent sinologue François Julien, les Occidentaux peuvent faire jouer l'écart chinois, « *non pas à titre de fenêtre exotique, mais en s'en servant comme d'un levier : pour faire bouger ce qui est devenu l'imbougeable de nos questions philosophiques et, plus encore, de leur présupposés* »⁷.

¹ Certes, cet intérêt est d'abord d'ordre pratique. Il y a un besoin pratique incontestable pour une meilleure compréhension du droit chinois, lié à la montée en puissance du pays et à son importance croissante sur la scène mondiale.

² P. Legrand, *Le droit comparé*, Que sais-je, 4^e éd., puf, p. 100.

³ G. Cuniberti, *Grands systèmes du droit comparé*, 2^e éd., 2011, n°327, p.197.

⁴ R. Sacco, *La connaissance juridique au service de la connaissance*, *Economica*, 1991, p.12 : « *A notre sens, il faut affirmer que le juriste peut comparer entre eux les droits et les règles des pays ayant des bases économiques opposées. Nous pouvons comparer entre eux ces systèmes (indépendamment de toute question portant sur leurs ressemblances et analogies), car la comparaison n'a pas peur des différences – aussi grandes qu'elles soient* ».

⁵ E. Picard, « L'état du droit comparé en France en 1999 », *RIDC* 1999-4, p.901.

⁶ H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000-3, pp. 503-527.

⁷ F. Julien, *Les transformations silencieuses*, biblio essai, Grasset, 2009, p.125. Dans le même sens, Robert Jacob, *La grâce des juges : L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, puf, 2014, p.335 : « *Ce n'est pas le terme de comparaison le plus*

En outre, la Chine constitue un « *laboratoire* » idéal pour les comparatistes, au sein duquel se sont confrontées les différentes traditions juridiques⁸. L'expérience chinoise peut intéresser l'Union Européenne dans la perspective de l'harmonisation des droits nationaux, dans la mesure où ce droit mélange en son sein les règles des pays de la *Common Law* et celles d'origine du droit continental⁹.

2. L'étude comparative du droit chinois en France : l'état des lieux insatisfaisants Les juristes français s'intéressent de plus en plus au droit chinois durant ces dernières années. Les ouvrages¹⁰ ou les thèses¹¹ s'y consacrent, les articles se multiplient¹², plusieurs colloques ont été organisés¹³, de sorte que les lecteurs français ont désormais accès à une littérature assez abondante sur l'introduction au droit chinois.

Cela étant, il nous semble que ces travaux, malgré leurs qualités doctrinales indéniables, s'avèrent largement insuffisants pour donner une image complète du droit chinois. La plupart de ces recherches s'efforcent de décrire le contexte culturel et politique dans lequel se trouve placé le droit chinois contemporain. Une présentation historique devient un passage quasi-obligatoire en la matière¹⁴. Mais c'est surtout le régime politique et son incidence sur le droit chinois qui passionne plus les comparatistes¹⁵. Ainsi, le désordre dans la hiérarchie des normes s'explique principalement par « *les spécificités politiques, structurelles et administrative de la Chine, et particulièrement l'absence de véritable contrôle de la constitutionnalité* »¹⁶, et la renaissance récente de la médiation judiciaire quant à elle, est interprétée comme

proche, mais le plus lointain, qui est aussi le plus propre à dévoiler ce qui, dans une culture, est à ce point fondamental qu'il en passe ordinairement inaperçu ».

⁸ V., H. Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant 2005.

⁹ V., H. Piquet, *op.cit.*, pp.229 et s. L'auteur parle du « *syncrétisme chinois* ».

¹⁰ Parmi d'autres, *La Chine et la démocratie*, M. Delmas-Marty (dir.), 2011; *Droit chinois des affaires*, Larcier, 2013.

¹¹ Shi Jiayou, *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, LGDJ, 2006 ; Marie Pei-Heng CHANG, *La résolution du contrat pour inexécution : étude comparative du droit français et du droit chinois*, PUAM, 2005 ; Peng CHEN, *L'information précontractuelle en droit des assurances : étude de droit comparé français et chinois*, PUAM, 2005.

¹² H. Piquet, « Un code à décoder : le futur code civil chinois », *Les Cahiers de droit*, 2005, vol.46, p.131 et s.; Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, « Le pragmatisme juridique dans la Chine post-Mao », *RIDC*, 2009-4, p.715 et s.

¹³ *Un nouveau regard sur le droit chinois*, Société de législation comparée, 2007;

¹⁴ H. Piquet, *op.cit.*, p.33 et s.; G. Culberti, *op.cit.*, n°329 à n°365; Le droit chinois des affaires, *op.cit.*, LI Xiaoping, « L'esprit du droit chinois : perspectives comparatives », *RIDC*, 1997, pp.7-35.

¹⁵ Chen Jianfu, « L'application du droit en Chine : une bataille politico-légale », *Perspectives chinoises*, 2002, N°72, pp. 28-42; B. Stéphanie, « Juridicisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978-2004) », in *La Chine et la démocratie, préc.*, du même auteur, « La Chine : la règle de droit aux marges d'un empire bureaucratique et absolutiste (1978- 2014) » ; H. Piquet, « Les réformes juridiques chinoises diluées dans l'harmonie », *Droit et société*, 2013-2, pp. 453-473; S.B. Lubman et L. Choukroune, « L'incomplète réforme par le droit », *Esprit*, fév. 2004, p.122 et s., L. Choukroune et Ch. Froissart, « Réforme du droit et contestation sociale sans l'Etat de droit : le laboratoire chinois », *Mouvement social*, 2013-3, pp. 47-65.

¹⁶ Y. Dolais, « Regard extérieur sur la hiérarchie des normes en droit chinois », in *Un nouveau regard sur le droit chinois*, *op.cit.*, p.22.

un moyen pour le Parti Communiste Chinois (PCC) de s'assurer la stabilité sociale au détriment des droits des individus¹⁷. À cela s'ajoute l'absence de l'indépendance judiciaire, la corruption, le protectionnisme local¹⁸, tous imputables au régime politique autoritaire du pays.

Cet accent mis sur le contexte social et politique n'est pas critiquable en soi. « *Le comparatiste doit chercher à situer le corps complexe des données empiriques qui retiennent son attention dans un contexte socio-cognitif plus large faisant, notamment, sa place à l'historique, au social, au culturel. C'est cette association entre la partie et le tout, l'articulation entre, par exemple, la proposition normative et la culture juridique, qui permet au comparatiste d'affirmer sa compétence spécifique* »¹⁹. Il n'en demeure pas moins que le droit comparé, contrairement au politique comparé ou à l'histoire comparée, a pour objet le droit lui-même. L'insuffisante attention portée sur le droit positif chinois constitue, à notre avis, le défaut majeur en la matière. Il existe certes des études visant des problèmes juridiques spécifiques²⁰. Force est néanmoins de constater que les auteurs se contentent le plus souvent d'une description mécanique des solutions chinoises. Selon l'expression de Pierre Legrand, ils se transforment « *en simple répétiteur du droit étranger* »²¹.

Ce phénomène n'est pas propre à la France. Si on se tourne vers des travaux rédigés en anglais, on constate la même tendance. La plus grande attention porte sur l'empiètement du pouvoir politique sur le judiciaire et l'instrumentalisation des lois par le PCC²². Quant au droit substantiel, un auteur a déploré à juste titre que la présentation est souvent « *longue dans le détail, mais courte dans son explication* »²³.

Ce phénomène répandu mérite sans doute une explication. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous proposons de mettre en avant deux éléments déterminants : si le droit chinois subit un « *orientalisme juridique* » aux yeux des Occidentaux, il existe en même temps deux formes d'« *occidentalisme* » en Chine contemporaine.

¹⁷ H. Piquet, *Les réformes juridiques chinoises diluées dans l'harmonie, art.préc.*

¹⁸ Zou Keyuan, « La difficile harmonisation des normes locales et de la législation nationale », *Perspectives chinoises*, janv.-fév. 2004, <http://perspectiveschinoises.revues.org/1232>.

¹⁹ P. Legrand, « Comparer », *RIDC*, 1995-2, p.293.

²⁰ Peng CHEN, thèse *préc.*, Marie Pei-Heng CHANG, thèse *préc.*, Shigang LI, « La loi de la république populaire de Chine sur les droits réels : principes fondamentaux et notions de base », *RIDC* 2009-1, p.75 et s.

²¹ P.Legrand, « Comparer », in *Le droit comparé, aujourd'hui et demain*, Société de législation comparée, 1996, p.26.

²² S. Lubman, « Bird in cage : Chinese legal reforms after twenty years », 20 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 383 (1999) ; Karen G. Turner, James V. Feinerman, and R. Kent Guy (dir.), *The limits of rule of law in China*, University of Washington Press, 2000 ; K. F. Minzners, « China's turn against law », *DOI 10.5131/AJCL.2011.0006*.

²³ Kenneth G. C. Reid, « Conceptualizing the Chinese trust : some thoughts from Europe », in Lei Chen and (Remco) Van Rhee, *Towards a Chinese civil code*, Martinus Nijhoff Publishers , 2012, pp. 211-212.

3. « **Orientalisme juridique** »²⁴ « Dans l'Europe des Lumières s'est construite, puis figée, l'image d'une Chine dotée d'une écriture idéographique, soumise à une tradition despotique et isolée du reste du monde pendant des siècles, ce qui expliquerait son immobilisme philosophique, politique et scientifique dont l'Occident serait opportunément venu la tirer, avant d'en découvrir à son tour la sagesse »²⁵. Cette construction de la « Chine » par les européens exerce une influence sur le plan juridique.

Selon une opinion répandue en Occident jusqu'à une époque récente, le droit n'existait pas dans la Chine ancienne²⁶. La pensée chinoise classique faisait obstacle à la notion même du droit²⁷. Professeur Alford nous a raconté sa propre expérience en tant que jeune étudiant spécialisé en droit chinois traditionnel. La première question que lui a posé son professeur, c'est pourquoi gaspiller du temps pour traiter un tel sujet d'une importance 'mineure'²⁸. « Il est un lieu commun de dire que les Chinois ne savent pas ce qu'est un contrat »²⁹, voici la première phrase que l'on trouve dans un livre récent sur la Chine.

Pour Teemu Ruskola, la façon dont on pose la question : Le droit existait-il en Chine? dévoile ce que l'auteur appelle 'l'orientalisme juridique', puisque pour y répondre, les auteurs occidentaux font référence à une définition du droit qui leur est propre³⁰. Parfois, il s'agit même d'une définition extrêmement étroite calquée largement sur la notion du contrat émergée dans la période moderne³¹.

²⁴ L'expression est employée par T. Ruskola, *Legal orientalism : China, the United States, and modern law*, Harvard University press, 2013 ; du même auteur, « Legal orientalism », *Michigan Law Review*, Vol. 101, No. 1 (Oct., 2002), pp. 179-234.

²⁵ A. Cheng (dir.) *La pensée en Chine aujourd'hui*, Gallimard, coll. « Folio essai », préface.

²⁶ L. Moccia, « Le double paradoxe de la modernité en Chine », *RIDC*, 2011-4, p.784 : « Un des lieux classiques de l'orientalisme, comme moyen occidental de concevoir l'autre (le monde extrême-oriental), à partir de la thèse d'une identité occidentale commune (présumée), a consisté à peindre la Chine comme le pays du droit qui n'existe pas ou d'un droit qu'on ne voit pas : caché ou quasi impénétrable, pour reprendre un des clichés les plus célèbres, derrière le visage du bourreau, symbole d'une justice féroce et corrompue, encline à semer la peur dans la conscience de la population pour décourager toute envie d'avoir recours aux autorités ».

²⁷ V., ex., M. Granet, *La pensée chinoise*, Paris, Albin Marcel, 1999 (1934), et spéc., pp.589-590 : « Cette entente des choses et des hommes est un souple régime d'interdépendances et de solidarités qui jamais ne saurait reposer sur des prescriptions inconditionnelles : sur des Lois. Le prestige du concret, le sentiment de l'occasionnel sont trop puissants, l'ordre humain et l'ordre naturel paraissent trop étroitement solidaires pour que le principe de tout ordre puisse être doué d'un caractère d'obligation ou de nécessité... La loi, l'abstrait, l'inconditionnel sont exclus – l'Univers est un, tant de la société que de la nature. De là, la haine tenace qu'ont excitée les Légistes et aussi les dialecticiens. De là, le mépris de tout ce qui suppose l'uniformité, de tout ce qui permettrait induction, déduction, une forme quelconque de raisonnement ou de calcul contraignant. Dans l'idée de règle, on ne veut guère voir que l'idée de modèle. La notion chinoise de l'Ordre exclut, sous tous ses aspects, l'idée de Loi ».

²⁸ W. P. Alford, « Law, law, what law ? Why western scholars of China have not had more to say about its law ? » In *The limits of rule of law in China*, op.cit., p.45 et s.

²⁹ E. Meril, *Chine : juridique, fiscal, social*, 2^e éd., Juin 2007, p.25.

³⁰ T. Ruskola, *art.préc.*, p.184.

³¹ En ce sens, v. J. Bourgon, « Principe de légalité et règle de droit dans la tradition juridique chinoise », in *La Chine et la démocratie*, op.cit., p.157 et s., spéc., p.158 : « Qui lit attentivement ces auteurs s'aperçoit vite que chacun se fonde, implicitement le plus souvent, sur une certaine définition du droit qui présuppose déjà la conclusion : la Chine ne satisfait pas à tel ou tel critère, donc, elle n'a pas de droit. Or, les critères en question sont si étroits et arbitraires qu'ils élimineraient aussi bien le droit romain, le common law britannique, ou telle autre tradition juridique prestigieuse. Le nœud

Une telle opinion ne peut plus être sérieusement défendue de nos jours. Il convient d'admettre l'existence de plusieurs définitions convevables du droit dans le monde³². En Chine, il n'existait pas de « *droit* » au sens occidental du terme³³. Mais le concept du droit existait, tout simplement parce que « *le sentiment de justice et l'impératif d'ordre constituent des catégories universelles qui existent dans toute société* »³⁴.

Cela étant, il nous semble que le droit chinois contemporain souffre lui aussi d'une autre forme d'orientalisme juridique qui mérite d'être soulignée.

Les comparatistes sont généralement très sévères dans leur appréciation sur la réforme juridique en Chine depuis 1978. S'ils constatent parfois des avancées, c'est davantage des imperfections qui retiennent leur attention. Ces jugements excessivement négatifs³⁵ sont parfois dénoncés en doctrine³⁶. Mais ce qui paraît plus contestable, c'est les critères implicites dont se servent ces auteurs pour évaluer la performance du droit chinois. Le modèle de référence est celui que Donald Clarke qualifie comme '*IWLO*' (*Ideal western legal order*)³⁷. Or, comme son nom l'indique, ce modèle est fondé sur une philosophie et une culture qui sont propres à l'Occident³⁸. Mesurer la perfection du droit chinois par les critères exclusivement occidentaux, le droit chinois n'est plus regardé comme un véritable « *autre* » : « *ce droit cesse peu à peu d'être étranger à celui qui en traite, puisque ce dernier entend se situer directement en son sein et délaissier la référence initiale* »³⁹.

de la question, c'est qu'il n'y a pas de définition commune qui convienne aux divers pans de la tradition juridique occidentale ».

³² Il n'y a non plus une définition commune du droit « *qui convienne aux divers pans de la tradition juridique occidentale* ». J. Bourgon, *art. préc.*, p.158.

³³ A. Schiavone, *Ius : L'invention du droit en Occident*, Belin, 2005, p.13 et s.

³⁴ Th. Rambaud, *Introduction au droit comparé : Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Puf, 2014, p.198.

³⁵ B. Stéphanie, *Chine : la règle de droit aux marges d'un empire bureaucratique et absolutiste*, *art.préc.*, p.413 : « *En un mot, à l'approche de quatre décennies de réformes juridiques, la République Populaire de Chine post-Mao ne s'est émancipée ni du modèle impérial, historique, ni du moule soviétique, importé* »; S. Lubman, « *Bird in cage : Chinese law reform after 20 years* », 20 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 383 (1999).

³⁶ V. par ex., les remarques de Chen Jianfu, « *The transformation of Chinese law : from formal to substantial* », *Hong Kong Law Journal*, vol.37, part 2, 2007, p.690 et s., et *spéc.*, p.690, « *These continuing changes in China have not just been about economic development. There has been another quiet, peaceful, and largely successful "revolution" in the area of law, whose deficiencies have been more often mercilessly examined and documented than its historical achievements and significance.* ». Ronald C. Brown, *Understanding Chinese courts and legal process : law with Chinese characteristics*, Kluwer law international, 1997, p. 133, « *Though China may need to continue improving its system, this should not deter a fair appraisal of what system is there and where it is headed* »; R. Peerenboom, « *The X-files, Past and present portrayals of China's Alien ' legal system '* », 2 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 037 (2003), p.74 : « *All too often, criticisms of Chinese human rights tend to be one-sided, fail to acknowledge significant progress, and fail to treat oftentimes complex and difficult issues with the nuance they deserve* », and p.81, *In general*, « *one can emphasize on either how far the system has come or how far it still has to go. Focusing exclusively or predominantly on the negative obscures the considerable progress China has made in improving the legal system and may lead others outside the field to misinterpret the significance of reforms* ».

³⁷ Donald C. Clarke, « *Puzzling observation in Chinese law : When is the riddle just a mistake ?* » In *Essaies in honor of Jerome A. Cohen*, New York University Press, 2003, p.93 et s. L'auteur définit ce modèle dans des termes suivants : « *The particular end state used in the IWLO approche is, as the label suggests, the analyst's view of what Western legal orders would look like if their perceived imperfections were eliminated* »(p.96).

³⁸ Dorothy E. Roberts, « *Why culture matters to law?* » In Austin Sarat and Tomas R. Kearns (dir.), *Culture plurism, identity politics, and the law*, 2003, p.85 et s. L'auteur montre que les prétendus principes universels du droit privilégie en fait la culture dominante.

³⁹ E. Picard, « *L'état du droit comparé en France, en 1999* », *RIDC*, 1999-4, p.885 et s., *spéc.*, p.894.

En définitive, pour les comparatistes occidentaux, le droit chinois se donne comme un « *autre* » paradoxal : d'un côté, il réclame une altérité radicale du point de vue historique, culturelle et politique, mais de l'autre côté, il manque singulièrement d'originalité sous l'aspect purement juridique. En d'autres termes, l'altérité que présente le droit chinois contemporain réside moins dans son contenu, que dans le contexte global auquel il se trouve placé. Ainsi, si tous les comparatistes réservent une place plus ou moins importants au droit chinois lorsqu'il s'agit de décrire les grands systèmes juridiques dans le monde⁴⁰, la dimension chinoise est passée inaperçue dans les développements sur les problèmes juridiques concrets comme ceux du contrat, du délit, *etc*⁴¹.

Cette image juridique de la Chine inventée par l'occident exerce en retour une influence considérable sur la façon dont les Chinois ont envisagé le monde occidental et leur propre droit.

4. Coexistence de deux formes d'occidentalisme en Chine contemporaine

L'occidentalisme, en tant que parallèle de l'orientalisme, est présent dans la plupart des pays non-occidentaux⁴². Ce qui caractérise l'occidentalisme en Chine, c'est qu'il existe deux images différentes de l'occident au sein du même pays, comme l'a magistralement illustré Mme Xiaomei Chen⁴³. Il y a d'abord une forme officielle de l'occidentalisme (official occidentalism), employé principalement par le PCC afin de défendre l'identité nationale du pays et de légitimer son pouvoir politique⁴⁴. En même temps, on identifie une autre forme de l'occidentalisme que l'auteur qualifie comme anti-officielle (anti-official occidentalisme), largement partagé par les citoyens chinois. Dans cette version, l'Occident est utilisé par eux pour exprimer les mécontentements de l'injustice dans la société, pour jeter un regard critique sur leur

⁴⁰ R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., 2002, Dalloz, n°437 et s. ; R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains, approche comparative*, 2^e éd., 2008, Litec, n°349 et s. ; J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Coll. Méthodes du droit, p.109 et s. ; A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Traité de droit comparé, Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, n°198 et s. ; Th. Rambaud, *op.cit.*, p.197 et s. ; K. Zweigert et H. Kötz, *An introduction to comparative law*, 3^e éd., 1996, Oxford, p.286 et s.

⁴¹ K. Zweigert et H. Kötz, *op.cit.*, deuxième partie, p.323 et s. La position d'Y.-M. Laitier est à ce titre très parlante. Après avoir démontré brièvement l'utilité et les difficultés suscitées par la classification des grands systèmes juridiques, l'auteur dispose que « Le présent ouvrage n'a pas pour objet de présenter les grands systèmes de droit contemporains. Seuls seront donnés quelques éléments relatifs aux deux principales traditions juridiques », (Y.-M. Laitier, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, p.31) à savoir la tradition romano-germanique et la tradition des pays de la Common Law.

⁴² James G. Carrier (ed.), *Occidentalism : Image of the West*, Clarendon Press, Oxford, 2003.

⁴³ Xiao Meichen, *Occidentalism : a theory of counter-discourse in Post-Mao China*, 2^e éd., Oxford, 2002.

⁴⁴ La meilleure illustration de ce phénomène est la théorie de « trois mondes » avancée par Mao Zedong. Cette version officielle de l'occidentalisme trouve une illustration toute récente en 2015. Le ministre de l'Education, Yuan rengui, entend interdire la pénétration des « valeurs occidentales » dans l'université. Ce discours a suscité une grande réaction sur l'internet.

propre culture, et pour revendiquer les droits et les libertés les plus diverses. Pour y parvenir, l'image de l'Occident connaît un embellissement parfois exagéré⁴⁵.

Une partie importante des juristes appartient à ce second groupe. Mais ils trouvent un moyen particulièrement efficace pour réaliser leur souhait d'occidentalisation, à savoir le droit. Prenons l'exemple du droit des contrats. La *Loi chinoise des contrats* (*LCC*) est occidentalisée quant à sa forme et à son contenu⁴⁶. Le droit comparé des contrats est moins une discipline autonome⁴⁷ qu'un élément intégré dans tous les manuels juridiques⁴⁸. En effet, ces ouvrages consacrent tous une grande partie aux droits étrangers : le droit positif, et surtout les débats doctrinaux. Ces opinions doctrinales se voient attribuer une autorité considérable par les civilistes chinois⁴⁹. En revanche, les données positives du droit chinois – les textes de la loi, les interprétations et les décisions judiciaires – n'ont qu'une place marginale, et ne sont intégrées dans l'ouvrage que si elles sont conformes aux enseignements théoriques. Derrière cette fabrication doctrinale du « *droit chinois* », on retrouve le modèle juridique idéal d'origine européenne. Le droit comparé ne constitue pas un moyen de rencontrer les « *autres* », mais est utilisé pour construire un « *soi* ».

Cette production doctrinale suscite certaines critiques⁵⁰. Dans son célèbre ouvrage « *Où va la doctrine juridique chinoise?* » (*Zhongguo faxue xiang hechu qu*)⁵¹, Monsieur Deng Zhenglai a démontré que la doctrine juridique chinoise, malgré une diversité apparente de courants de pensée⁵², a subi un « *paradigme de la modernité* »⁵³ (*Xiandaihua fanshi*), qui la rend incapable de donner à la Chine un « *modèle juridique idéal chinois* » (*Zhongguo falu lixiang tujing*)⁵⁴. Pour lui, les

⁴⁵ L'exemple du « *mythe allemand* » est à ce titre particulièrement révélateur. Un journal allemand a dû publier le 1er janvier 2015 un article pour démentir certaines présentations qui ne correspondaient pas à la réalité. V., <http://m.bwchinese.com/article/1066490.html>.

⁴⁶ Shiyuan Han, « A snapshot of Chinese contract law : from an historical and comparative perspective », in Lei Chen and C. H. (Remco) Van Rhee, *Towards a Chinese civil code*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 235 et s.

⁴⁷ La France s'oriente largement dans cette direction.

⁴⁸ Comme l'a préconisé H. Patrick Glenn (« Vers un droit comparé intégré ? » *RIDC* 1999-4, pp. 841-852.)

⁴⁹ Pour n'en donner qu'un exemple typique, v., Zhu Qingyu, *La théorie générale du droit civil*, Presse de l'Université de Pékin, 2014, p.186 et s. L'auteur critique la version chinoise du contrat de fait (*Shishi hetong*) au seul motif que cette théorie (*factische Vertragsverhältnisse*) est largement abandonnée en droit allemand contemporain. Sur un exposé de cette théorie, v., P. Ancel, « Contrat de fait et comportements sociaux typiques », *RDC* 2004-4, p.1087.

⁵⁰ Cette manière de produire la doctrine juridique a été dénoncée par certains auteurs. V., ex., Philip C.C. Huang, *La recherche sur la pratique du droit civil chinois : le passé et le présent* (*Zhongguo Minshi Falv Shijian de Tansuo* : Guoqu he Xianzai), Law presse China, 2009.

⁵¹ Deng Zhenglai, *Où va la doctrine juridique chinoise?* 2006.

⁵² L'auteur a identifié quatre écoles principales qui existent en droit chinois : L'école de droit subjectif (*Quanli Benwei Lun*), L'école de positivisme juridiques (*Fatiao Benwen Lun*), L'analyse culturelle du droit (*Falv Wenhua Lun*) et enfin, et L'école de ressources endogènes (*Bentu Ziyuan Lun*). Sur une introduction éclairante de ce dernier courant de pensée, v., H. Piquet, *Les ressources endogènes et les réformes juridiques chinoises : débats et enjeux*, *Etude chinoise*, Vol. XXVIII, 2009, p. 151 et s.

⁵³ Selon l'auteur, le paradigme de la modernité consiste à prendre des théories dégagées à partir des expériences de l'Occident comme univesellement valable, et de les appliquer dans les contextes non-occidentaux pour faire évoluer la société.

⁵⁴ Deng Zhenglai, *op.cit.*, p.2

intellectuels chinois, et les juristes en premier lieu, sont des « *complices* »⁵⁵ qui tendent à assurer le caractère universel des valeurs occidentales et les transposer purement et simplement dans le contexte chinois sans la moindre réflexion préalable.

En définitive, l'image de la Chine tel qu'elle est inventée par l'Occident a influé sur la vision des juristes chinois envers leur propre droit. Le 'droit chinois' décrit par ces auteurs conforte à son tour la conviction des auteurs occidentaux. La boucle est ainsi bouclée : le droit chinois doit se rapprocher au modèle juridique occidental. Il n'enrichit pas la connaissance du droit pour les comparatistes occidentaux, dans la mesure où ce droit 'étranger' n'est autre chose que son propre droit en devenir. Tout ce qui fonde l'altérité du droit chinois, à savoir l'héritage historique et le régime autoritaire, est condamné à disparaître dans l'avenir.

La présente étude réfute une telle présentation des choses. Selon nous, le poids du politique doit être mesuré dans une étude comparative, et le droit positif chinois n'est d'ailleurs pas celui qu'enseigne la plupart des auteurs.

5. Le poids du politique mérite d'être mesuré Le lien intime entre le droit et le politique ne fait aucun doute⁵⁶. Ce lien est particulièrement marqué dans le contexte chinois, à cause de son régime politique en vigueur. Pour beaucoup d'observateurs étrangers, la réforme politique est une condition nécessaire pour garantir le succès de la réforme juridique⁵⁷.

Il faut néanmoins se garder de réduire le droit chinois à un simple instrument d'auto-légitimation du gouvernement. Au contraire, le droit est aussi susceptible de jouer une influence sur le politique⁵⁸. En outre, il faut compter la sophistication des normes juridiques à l'époque contemporaine. Plus le droit est complexe et technique, plus il est difficile pour le politique d'y pénétrer. Enfin, le Parti unique n'est pas forcément incompatible avec l'idée même de l'Etat de droit⁵⁹. Ainsi, Monsieur Peereboom a distingué deux variétés de l'Etat de droit, la première, qu'il définit

⁵⁵ *Ibid.*, p.9 et s.

⁵⁶ V. Par exemple, Th. Génicon, « Les juristes en droit des contrats : opposition juridiques ou oppositions politiques? » in *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales, Tome XVI, Rennes, Dalloz, 2012.

⁵⁷ Lubman, « Studying contemporary Chinese law : Limits, possibilities and strategy », 39 *Am. J. Comp. L.* 293 (1991), et *spéc.*, p.316 : « *In the absence of fundamental political reform that would validate abandonment of the reigning ideology, Chinese law is likely to ... remain an assortment of disparate institutions lacking some of the elements that Western ideals takes as essential in a meaningful formal legal system such as hierarchy of sources of law, differentiation from other organs of state power, procedural regularity and control of discretion in decision-making, and adherence to professional values among the officials in the system* ».

⁵⁸ S. Balme, « Juridisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978 – 2004) », in *La Chine et la démocratie*, *op.cit.*, p.580 et s.

⁵⁹ Il faut noter que la notion est ambiguë même dans le contexte européen, v., M. Delmas-Marty, « La construction d'un Etat de droit dans la Chine d'aujourd'hui : avancées et résistances », *D.*2002, p.2484

comme étant « *a thin theory* », se concentre sur l'aspect formel et instrumental de l'Etat de droit, qui est susceptible d'être réalisé dans n'importe quel régime juridique⁶⁰. Par contre, « *the thick theory* » de l'Etat de droit s'incorpore en outre des éléments de la moralité politique (*political morality*)⁶¹.

L'appréciation de la réforme juridique chinoise sous le seul angle politique peut paraître réductrice⁶². À titre d'illustration, la promotion contemporaine de la médiation judiciaire est interprétée par certains auteurs comme constituant un recul regrettable dans la construction de l'état de droit en Chine. La médiation est présentée comme un moyen instrumentalisé par le *PCC* afin d'assurer la stabilité sociale au détriment des droits individuels⁶³. Minzner a vu dans cette évolution une simple renaissance de la médiation telle qu'elle était pratiquée pendant la période de Mao⁶⁴. Sauf que comme l'a parfaitement montré une étude récente⁶⁵, les juges chinois contemporains insistent avec plus de force sur le consentement des parties dans la procédure de la médiation. Surtout, la médiation n'est pas une chose imposée par la seule volonté du pouvoir politique, mais elle a aussi une racine solide dans l'histoire de la Chine⁶⁶, ce qu'ignore une approche purement politique.

6. Le droit positif chinois n'est pas celui décrit par la plupart des auteurs

Les juristes chinois confondent fréquemment le droit positif avec le droit théorique idéal. Or, ce droit « idéal » ne correspond que très partiellement à la réalité des choses. « *Le droit n'est pas qu'un objet que l'on construit rationnellement ; c'est un phénomène culturel et en partie spontané* »⁶⁷. Contrairement à ce que l'on nous

⁶⁰ R. Peerenboom, *China's long march towards rule of law*, Cambridge University Press, 2002, p.2 : « *A thin theory stresses the formal or instrumental aspects of rule of law – those features that any legal system allegedly must possess to function effectively as a system of laws, regardless of whether the legal system is part of a democratic or nondemocratic society, capitalist or socialist, liberal or theocratic* ».

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Le développement de Th. Rambaud sur la connaissance d'une tradition juridique nationale est à ce titre révélateur. Selon l'auteur, « *L'approche d'une tradition juridique nationale suppose de combiner les facteurs institutionnels et culturels* ». (*Th. Rambaud, op.cit.*, p.35). L'auteur a ensuite utilisé l'exemple du droit japonais, pour arriver à cette conclusion : « *Le rapport des Japonais au droit ne peut donc être appréhendé uniquement à travers le prisme des facteurs culturels. Ceux-ci doivent être combinés avec une approche plus institutionnelle* ». (p.37-38). La même observation peut aussi s'appliquer au cas du droit chinois. La seule approche politique ne permet pas de saisir le droit chinois dans sa totalité.

⁶³ Carl.F.Minzner, « *China's turn against law* », *art.préc.*; H. Piquet, *Les réformes juridiques chinoises diluées dans l'harmonie, art. préc.*

⁶⁴ Carl.F. Minzner, *art.préc.*, p.979 : « *Rather, this Article simply argues that we need to study China's historical and institutional legacy because that is where Chinese authorities have decided to take modern Chinese law. They are the ones who are resurrecting Maoist dispute resolution practices. They are the ones who are explicitly clothing judges in the mantle of Confucian exemplars. And they are the ones who are relying on responsibility systems rooted in Party and imperial bureaucratic practices to run their country* ».

⁶⁵ Fu Huangling and Richard Cullen, « *From mediatory to adjudicatory justice : the limits of civil justice reform in China* », in *Chinese justice*, p.25 et s., *spéc.*, p.48 et s.

⁶⁶ Philip C.C. Huang, *La recherche sur la pratique du droit civil chinois : le passé et le présent, op.cit.* Pour l'auteur, la médiation constitue l'une des spécificités du droit chinois.

⁶⁷ Y.-M. Laithier, *Le droit comparé, op.cit.*, p.15.

laisse croire au premier abord, le droit positif chinois présente une grande originalité par rapport aux droits européens sur *le terrain purement juridique*. Pour le vérifier, nous proposons de raisonner sur le droit des contrats chinois.

7. L'incidence de la langue La traduction est nécessairement un art approximatif⁶⁸. Si la majorité des notions juridiques en droit chinois font l'objet d'un emprunt, il n'en demeure pas moins que celles-ci sont aussi traduites en langue chinoise. Or, l'un des caractéristiques de la terminologie juridique chinoise est son absence de spécialisation. Certes, il existe certaines notions purement juridiques⁶⁹. Mais le vocabulaire juridique est composé en plus grand nombre de mots appartenant à la fois à la langue commune et au langage du droit de par une signification spécialement juridique⁷⁰. Il arrive que les juges chinois emploient le terme juridique dans son sens ordinaire. Ce faisant, ils donnent à la notion une originalité propre au droit chinois. La meilleure illustration est le principe de bonne foi contractuelle⁷¹. Dans la pratique judiciaire chinoise, ce principe est parfois employé pour sanctionner les usages déloyaux d'un droit subjectif⁷², pour engager la responsabilité précontractuelle de l'une des parties⁷³, et pour fonder les diverses obligations accessoires (devoir d'assistance, devoir de négociation, devoir de confidentialité, etc.)⁷⁴. Tous ces usages correspondent à peu près à la notion de bonne foi telle qu'elle est comprise habituellement en droit français. Or, le terme '*Chengshi Xinyong*' signifie littéralement honnêteté et crédibilité. Ce sens ordinaire a permis au juge chinois de développer les nouvelles fonctions de la bonne foi absentes dans le droit français. Ainsi, l'honnêteté interdit les comportements contradictoires, comparable à *l'Estoppel*

⁶⁸ M. Goré, « La traduction, instrument du droit comparé, in La traduction du droit et le droit de la traduction », Thème et Commentaire, Dalloz, p.109 et s. spéc., p.109 : « Parallèlement, les approximations de toute traduction sont une réalité : il faut se satisfaire d'équivalence ».

⁶⁹ Par exemple, le terme « Qingshi Biangeng » pour désigner la théorie de l'imprévision, « Yaoyue » pour « l'offre », etc.

⁷⁰ Sur ce point, le droit chinois se rapproche au droit français. Sur l'analyse de la terminologie juridique française, v., J.-L. Souriou, « Les mots et le droit », in *Par le droit, au-delà du droit*, LexisNexis, 2011, p.62.

⁷¹ H. Piquet mentionne aussi l'originalité de la bonne foi en droit chinois, en ce qu'elle présente une dimension collective absente dans les pays occidentaux. V., H. Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques, op.cit.*, p.239 et s. Cette présentation ne saisit pas la véritable originalité de la notion de bonne foi en droit des contrats.

⁷² Deuxième tribunal intermédiaire de Tianjin, 15 octobre 2014, référence : CLI.C.3467109; Tribunal intermédiaire de Fushun, Liaoning, 24 septembre 2014, référence : CLI.C.3320151; Tribunal supérieur de Tianjin, 25 août 2014, référence : CLI.C.3285300; Tribunal intermédiaire de Ankang, Shanxi, 14 août 2014, référence : CLI.C.3279238; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 18 juillet 2014, référence : CLI.C.3103396.

⁷³ Tribunal de base de Luliang, Yunnan, 5 août 2014, référence : CLI.C.3303538; Tribunal de base de Chaoyang, Pékin, 22 mai 2014, référence : CLI.C. 2976107; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 février 2014, référence : CLI.C.2321677.

⁷⁴ Tribunal intermédiaire de Wenzhou, Zhejiang, 26 septembre 2014, référence : CLI.C.3391830; Tribunal intermédiaire de Dalian, Liaoning, 4 septembre 2014, référence : CLI.C.3320151; Tribunal intermédiaire de Anyang, Henan, 21 juillet 2014, référence : CLI.C.3273680; Tribunal supérieur de Shanghai, 24 juin 2014, référence : CLI.C.2988224.

de la *Common Law*⁷⁵. La crédibilité, quand à elle, commande le respect de la parole donnée. Par conséquent, dans le contexte chinois, le principe de bonne foi n'est pas une règle complémentaire à la force obligatoire du contrat (le cas du droit français), il en constitue en revanche le fondement juridique⁷⁶.

8. L'adaptation des règles d'origine étrangère Certaines règles d'origine étrangère peuvent faire l'objet d'une adaptation lors de leur introduction en droit chinois. Par exemple, l'action oblique en droit chinois des contrats trouve son origine dans le droit français. Or, dans le contexte chinois, cette institution a pour but de remédier à la difficulté dans l'exécution des jugements judiciaires prononçant une condamnation pécuniaire (*Zhixing nan*)⁷⁷. Par conséquent, l'institution présente un caractère hybride en droit chinois : si elle garde certains traits de l'action oblique à la française⁷⁸, elle produit en même temps un effet direct de paiement, se rapprochant davantage d'une mesure d'exécution des créances monétaires⁷⁹.

9. L'existence des règles spéciales du droit chinois Il existe d'ailleurs des règles juridiques propres au droit chinois. L'une des plus belles illustrations est donnée par le principe de l'équité qui figure parmi les principes directeurs en droit chinois des contrats. Or, cet aspect unique est souvent ignoré par les observateurs⁸⁰.

⁷⁵ Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 4 août 2014, référence : CLI.C.3223711; Troisième tribunal intermédiaire de Chongqing, 24 juillet 2014, référence : CLI.C.3180053; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 10 juillet 2014, référence : CLI.C.3080508; Tribunal supérieur de Liaoning, 28 mars 2014, référence : CLI.C.2700959; Tribunal intermédiaire de Shijiazhuang, Hebei, 26 mars 2014, référence : CLI.C.2904726; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 18 mars 2014, référence : CLI.C.2524872. La bonne foi est aussi un principe directeur de la procédure civile en Chine.

⁷⁶ Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 décembre 2014, référence : CLI.C.3816397; Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 15 octobre 2014, référence : CLI.C.3582888; Tribunal supérieur de Hebei, 23 septembre 2014, référence : CLI.C.3417539; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 4 septembre 2014, référence : CLI.C.3310565; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 27 août 2014, référence : CLI.C.3303253; Tribunal intermédiaire de Tonglin, Anhui, 26 août 2014, référence : CLI.C.3376351; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 15 août 2014, référence : CLI.C.3281618; Tribunal intermédiaire de Xi'an, Shanxi, 11 août 2014, référence : CLI.C.3263384; Tribunal intermédiaire de Luoyang, Henan, 15 juillet 2014, référence : CLI.C.3076116; Tribunal supérieur de Shanxi, 3 juillet 2014, référence : CLI.C.3199822; Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 3 juillet 2014, référence : CLI.C.3264707; Troisième tribunal intermédiaire de Pékin, 20 juin 2014, référence : CLI.C.3846216; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 10 juin 2014, référence : CLI.C.2862888; Tribunal intermédiaire de Pingdingshan, Henan, 30 mai 2014, référence : CLI.C.3176921; Tribunal intermédiaire de Cangzhou, Hebei, 20 mai 2014, référence : CLI.C.3956079; Tribunal intermédiaire de Shaoguan, Guangdong, 15 avril 2014, référence : CLI.C.3247802; Tribunal intermédiaire de Changsha, Hunan, 15 avril 2014, référence : CLI.C.2929931; Tribunal intermédiaire de Anqing, Anhui, 14 avril 2014, référence : CLI.C.2796579.

⁷⁷ Han Shiyuan, *Le droit des contrats (Hetongfa Zonglun)*, 3e éd., Law Press China, 2011, p.326.

⁷⁸ Par exemple, le droit chinois subordonne l'action à l'inertie du débiteur. Aussi, les créances ayant un caractère personnel marqué se trouvent exclues.

⁷⁹ L'art.20 de L'Interprétation judiciaire de la Cour populaire suprême sur l'application de la loi chinoise des contrats : 法释(1999)19号.

⁸⁰ La plupart des ouvrages se contentent de le mentionner, sans développement supplémentaire. V., F. Contant, Ch. Lopez, *Le droit chinois*, Connaissance du droit, Dalloz, 2013, p.66 ; R. Guillaumond, L. Jianping, L. Bin, *Droit chinois des affaires*, op.cit., Larcier. Il faut sans doute mentionner l'article de Zhou Jianhua, « De l'équité dans l'office du juge en Chine contemporaine », *Les cahiers de droit*, Vol.53, juin 2012, p.349 et s. Mais l'auteur traite l'équité comme un élément extérieur du monde juridique, et le définit selon les critères fournis par les auteurs français.

Cette ignorance nous paraît regrettable, puisque le principe de l'équité, loin d'être une étiquette symbolique, est indispensable pour bien saisir l'esprit du droit chinois. En simplifiant à l'extrême les choses, on peut distinguer deux fonctions que joue l'équité en matière contractuelle. C'est d'abord un principe de répartition : attribution des bénéfices⁸¹ et des pertes⁸², répartition de la charge des preuves⁸³, ou encore le partage des risques inhérents à l'opération contractuelle⁸⁴. Mais l'équité exerce en même temps un contrôle de l'équilibre contractuel : il concerne aussi bien le déséquilibre au moment de la conclusion du contrat (la lésion qualifiée, *Xianshi gongping*)⁸⁵ et de celui intervenu au cours de son exécution (la théorie de l'imprévision, *Qingshi biangeng*)⁸⁶. Le déséquilibre peut aussi résulter de la présence des clauses non-négociées (*Geshi tiaokuan*)⁸⁷, ou encore être le fait d'une sanction disproportionnée (clause pénale, *Weiyuejin*)⁸⁸. L'équité veille à ce qu'une partie ne s'enrichisse pas de manière injustifiée au détriment d'autrui (L'enrichissement sans cause, *Budang deli*)⁸⁹. Elle constitue ainsi un principe directeur du droit chinois des contrats, à

⁸¹ Tribunal intermédiaire de Pingdingshan, Henan, 9 septembre 2014, référence : CLIC.3384447.

⁸² C'est d'abord la répartition des pertes en cas de faute partagée des deux contractants : Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 15 octobre 2014, référence : CLIC.3558944 ; Troisième tribunal intermédiaire de Pékin, 24 septembre 2014, référence : CLIC.3579810 ; Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 22 septembre 2014, référence : CLIC.3395602 ; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 16 septembre 2014, référence : CLIC.3424333. Certaines décisions établissent un lien entre le principe de l'équité et le devoir de minimiser son dommage contractuel : Tribunal intermédiaire de Shangqiu, Henan, 5 septembre 2014, référence : CLIC.3353639 ; Tribunal intermédiaire de Yuncheng, Shanxi, 12 mai 2014, référence : CLIC.2948990 ; Tribunal intermédiaire de Hefei, Anhui, 5 mai 2014, référence : CLIC.2770290 ; Tribunal intermédiaire de Leshan, Sichuan, 25 février 2014, référence : CLIC.C'est encore la répartition des pertes lorsqu'aucune des parties n'ont commis une faute. Tribunal intermédiaire de Zhangjiajie, Hunan, 16 septembre 2014, référence : CLIC.3373636 ; Tribunal intermédiaire de Yantai, Shandong, 30 juillet 2014, référence : CLIC.3635695 ;

⁸³ L'article 7 de l'interprétation judiciaire de la CPS concernant les preuves civiles, 法释〔2001〕33号. Ce texte s'applique en l'absence d'une disposition légale expresse. Le juge prend en compte notamment la capacité des parties dans la production des preuves. Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 26 avril 2013, référence : CLIC.1948647 ; Tribunal intermédiaire de Jiangmen, Guangdong, 7 mars 2013, référence : CLIC.2140258.

⁸⁴ Est souvent jugée inéquitable les clauses qui fait peser tout le risque contractuelle sur les épaule d'une seule partie. Tribunal intermédiaire de Wuhan, Hubei, 12 novembre 2014, référence : CLIC.3605220 ; Tribunal intermédiaire de Jiaozuo, Henan, 7 novembre 2014, référence : CLIC.3667702 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 juillet 2014, référence : CLIC.3107475 ; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 2 avril 2014, référence : CLIC.2632487 ; Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 17 janvier 2014, référence : CLIC.2473568 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 30 juillet 2013, référence : CLIC.2303388.

⁸⁵ Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 13 octobre 2014, référence : CLIC.3675031 ; Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 22 mai 2014, référence : CLIC.3102458 ; Tribunal intermédiaire de Yancheng, Jiangsu, 19 février 2014, référence : CLIC.2387081 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 18 avril 2012, référence : CLIC.990924 ;

⁸⁶ Contrairement à la plupart des législations occidentales, la révision ou la résolution pour l'imprévision en droit chinois est fondée, non pas sur le principe de bonne foi, mais sur le principe de l'équité. Cette différence est lourde de conséquences. V. *infra*, n°114 et s.

⁸⁷ L'article 39 de la LCC. Les clauses créant un déséquilibres entre les droits des parties est réputée non-écrite. Tribunal intermédiaire de Xuchang, Henan, 9 juillet 2013, référence : CLIC.1967847 ; Tribunal supérieur de Neimenggu, 27 juin 2013, référence : CLIC.1800554 ; Tribunal intermédiaire de Hechi, Guangxi, 31 mai 2013, référence : CLIC.3496898 ; Tribunal supérieur de Shanghai, 23 mai 2013, référence : CLIC.1992317 ; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 21 janvier 2013, référence : CLIC.1419137.

⁸⁸ En droit chinois, le fondement de la révision judiciaire de la clause pénale est le principe de l'équité et celui de bonne foi. V. *infra*, n°317.

⁸⁹ Le droit chinois ne fonde pas expressément l'enrichissement sans cause sur le principe de l'équité. Mais la jurisprudence établie parfois ce lien de manière implicite. Tribunal intermédiaire de Qingdao, Shandong, 21 août 2014, référence : CLIC.3341133 ; Tribunal intermédiaire de Qingdao, Shandong, 30 juillet 2014, référence : CLIC.3277074 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 25 juin 2014, référence : CLIC.3001568 ; Tribunal intermédiaire de Jinhua, Zhejiang, 14 mars 2014, référence : CLIC.2865939 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 16 décembre 2013, référence : CLIC.2187272.

l'instar du principe de bonne foi. Si la bonne foi vise les comportements, l'équité regarde notamment les conséquences concrètes. Ce principe s'accorde parfaitement avec la philosophie du droit chinois privilégiant la justice substantielle et individuelle⁹⁰.

10. L'influence de la culture juridique chinoise Qu'un même texte produise des effets divers dans les différents ordres juridiques est une chose fréquente⁹¹. Rodolfo Sacco a insisté sur l'importance des règles non-écrites et des modèles implicites qu'il désigne sous le nom de « *cryptotypes* »⁹². Il se peut que les juges chinois, imprégnés d'une autre culture, interprètent les textes législatifs de manière inhabituelle aux yeux des juristes français⁹³ : par exemple, la quête de l'harmonie conduit le juge à prononcer la solution qui cause le moindre trouble social⁹⁴; la poursuite de la justice substantielle explique un contrôle assoupli sur les exigences de formalité du contrat⁹⁵; *etc.*

11. La contradiction entre les formants juridique en droit chinois Pour Professeur Sacco, le droit d'un pays est composé de plusieurs « *formants* » : les textes de la loi, les décisions judiciaires, et les écrits doctrinaux, *etc.* Il a d'ailleurs démontré que l'unité de ces formants relève le plus souvent d'une simple illusion⁹⁶. Cette analyse est particulièrement pertinente s'agissant du droit chinois. Il existe une discordance entre « *le langage du droit* » et « *le langage juridique* »⁹⁷. Et surtout, on peut facilement découvrir une contradiction entre les définitions savantes et le droit concrètement appliqué⁹⁸.

Aucune étude comparative ne peut échapper à la subjectivité de son auteur. Comme l'a dit clairement Pierre Legrand, « *en décidant de citer tel passage du jugement plutôt que tel autre, ou de rien citer du tout, et en choisissant d'inscrire l'argumentaire du juge à l'enseigne de l'activisme judiciaire ou, plutôt, d'interpréter*

⁹⁰ Le principe de l'équité exige souvent la prise en considérations des circonstances concrètes.

⁹¹ Ce phénomène existe même au sein de l'Union européenne entre les Etat partageant néanmoins une communauté de valeurs. V., les difficultés que suscite l'harmonisation européenne par la voie législative, Ch. Mouly, « Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne? » *RIDC*, 1985-4, pp. 895-945.

⁹² R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *op.cit.*, p.105 et s. 895-945, et *spéc.*, p.902 et s.

⁹³ On le verra tout au long de notre étude.

⁹⁴ Par exemple, le juge prononcera la résolution du contrat si le maintien de celui-ci aggrave le conflit entre les parties.

⁹⁵ V., *infra.*, n°95.

⁹⁶ R. Sacco, *op. cit.*, p.33 et s.

⁹⁷ On emprunte ici une distinction faite par les juristes polonais. « *Le langage du droit serait celui dans lequel sont formulées les dispositions légales et le langage juridique, celui dans lequel les juristes parlent du droit* ». (J.- L. Souriou, Pour l'apprentissage du langage du droit, in *Par le droit, au-delà du droit*, p. 385.

⁹⁸ R. Sacco, « Définitions savantes et droit appliqué dans les systèmes romanistes », *RIDC*, 1965, pp. 827-837.

la décision comme retenant une lecture classique des textes législatifs, en estimant qu'il y a ici une inflexion de la tendance jurisprudentielle ou, à l'opposé, une simple confirmation de celle-ci »⁹⁹, le comparatiste invente toujours le droit en question. Il nous semble pourtant contestable de construire le droit chinois en se fondant principalement sur les opinions doctrinales. Pour que cette « invention » corresponde mieux à la réalité, il faut prendre en compte tous les formants juridiques. Sacco l'a dit de manière éclairante : « La loi n'est pas tout le droit. La définition doctrinale n'est pas tout le droit. La règle qu'énoncent les décisions judiciaires n'est pas tout le droit. Mais la série exhaustive de toutes les relations des décisions n'est pas – elle non plus – tout le droit. Pour voir le droit tout entier, il faut donner des dimensions et des places appropriées à chacun de ces « formants » – loi, définition, raison de la décision, règle énoncée, etc. Il faut, préalablement accepter la présence de tous les « formants » du système, et réduire chacun d'entre eux aux dimensions qui lui reviennent »¹⁰⁰.

12. Le premier but de la présente étude : Une reconstruction du « droit chinois » La description du droit chinois est une tâche extrêmement délicate. Il y a tout d'abord des raisons factuelles. D'une part, la Chine est un immense pays qui rassemble plusieurs groupes raciaux. D'autre part, la place du droit n'est pas la même selon qu'on se place dans la Chine rurale ou dans les grandes villes. À cela s'ajoute le fait que la Chine se situe dans une période de pleine mutation, dont l'issue demeure largement incertaine. Il faut ensuite souligner une raison théorique et philosophique : « (...) toute interprétation du monde chinois se situe sur le plan d'une continuelle ambivalence/ambiguïté de termes et de relations en position, pourtant complémentaires »¹⁰¹. D'où la mise en garde de Monsieur Moccia : « S'il est donc vrai que le risque de banaliser est toujours présent, il est également vrai que, lorsque l'on parle de la Chine, il n'est pas facile d'être original. Il est même déconseillé de l'être »¹⁰². Malgré cela, le premier but de la présente étude est de reconstituer l'image de la Chine sur le plan juridique, tout en étant conscient des limites inévitables d'une telle entreprise.

⁹⁹ P. Legrand, « L'invention d'ailleurs juridique », in *La relevance des droits étrangers*, IRJS, 2014, pp. 1-34.

¹⁰⁰ R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op.cit., p.42.

¹⁰¹ L. Moccia, *art.préc.*, p.783.

¹⁰² *Ibid.*, p.783.

13. L'originalité de la présente étude : la prise en compte des décisions judiciaires Notre étude donne une place primordiale aux données positives du droit chinois¹⁰³. Il s'agit certes des textes législatifs. Mais surtout, on entend inclure dans cette recherche les activités judiciaires.

Une série de considérations peuvent être avancées au soutien d'un tel choix. La première explication est facile à comprendre. Il s'agit tout d'abord de combler une lacune dans l'étude du droit chinois traditionnel¹⁰⁴.

Ensuite, la jurisprudence est une source du droit importante. L'attitude actuelle de la doctrine chinoise sur la jurisprudence nous rappelle celle de l'école de l'exégèse qui a dominé la science juridique française durant le XIX^e siècle¹⁰⁵. Simplement, au lieu de se concentrer sur un Code sacré, les auteurs chinois manifestent une obsession pour les théories générales, dégagées d'ailleurs par les juristes occidentaux. Si les arrêts sont exceptionnellement cités, c'est à la condition qu'ils ne contredisent pas les principes généraux du droit. Une attitude similaire envers la jurisprudence peut être trouvée chez les exégètes¹⁰⁶. Une évolution s'est produite en France au tournant du siècle dernier, et « *la montée en puissance de la jurisprudence constitue à coup sûr, pour un juriste français, le phénomène majeur de l'époque contemporaine et d'autant plus frappant qu'inattendu* »¹⁰⁷. La jurisprudence a été explorée par les « *juristes inquiets* »¹⁰⁸ pour enterrer la méthode exégétique, jugée insuffisante à résoudre les nouveaux problèmes sociaux. Depuis, la création prétorienne joue un rôle décisif dans l'édifice du droit positif français¹⁰⁹, et les notes d'arrêts deviennent au fil du temps l'exercice préféré des juristes¹¹⁰. Dans un pays de droit continental qui ignore le

¹⁰³ Cela ne signifie pas une exclusion totale d'écrits doctrinaux. Simplement, la doctrine n'occupe qu'une place secondaire dans notre étude.

¹⁰⁴ Certes, certaines études sur le droit chinois citent des décisions judiciaires. V., Zhou Jianhua, *art.préc.*, S. Balme, « Juridisation du politique et politisation du juridique dans la Chine des réformes (1978 – 2004) », *art.préc.* Mais il s'agit le plus souvent des affaires médiatisés. Cependant, ces décisions sont plus vulnérables à des considérations non juridiques (Politique, opinion publique, considération morale, etc.).

¹⁰⁵ E. Gaudemet, *L'interprétation du code civil en France depuis 1804*, 2002, La mémoire du droit; J. Bonnet, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*, De Boccard, Paris, 2e éd. 1924; J. Charmont et A. Chausse, « Les interprètes du code civil », in *Le code civil, 1804-1904, Livre du centenaire, t. 1*, Rousseau, Paris, 1904, p.138 et s.; Ph. Rémy, « Eloge de l'Exégèse », *RRJ* 1982.254-262; Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p.72 et s.

¹⁰⁶ V., Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *op.cit.*, p.91 : « Chez les exégètes, la jurisprudence n'est pas encore étudiée pour elle-même, mais simplement comme un élément permettant de connaître le code. Elle ne fournit donc qu'un argument d'appoint à son service, de sorte qu'il n'y a pas lieu de l'analyser dans ses moindres détails ni de manière systématiques ».

¹⁰⁷ Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 2005, p.61.

¹⁰⁸ M.-C. Belleau, « Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *Les Cahiers de droit*, vol.40, n°3, 1999, pp.507-544.

¹⁰⁹ *La création du droit par le juge*, APD, T. 50 ; C. Charbonneau, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, IRJS Editions, 2011.

¹¹⁰ V., Ed. Meynial, « Les recueils d'arrêts et les arrêttistes », in *Le Code civil 1804-1904 : Livre du centenaire*, présentation de Jean-Louis Halpérin, Dalloz, 2004, p.175 et s. ; et *spéc.*, p. 196 : « C'est la note d'arrêts qui a permis de tirer de la jurisprudence tout l'enseignement qu'elle contient en y augmentant, pour lui donner la consistance nécessaire. Une parcelle de cet esprit doctrinal sans lequel elle resterait éparse. La note d'arrêts constitue dans la littérature juridique contemporaine le genre le plus souple qui existe, susceptible de devenir ou plus dogmatique ou plus pratique suivant son rédacteur, tout en conservant un intérêt capital pour les deux catégories de lecteurs ».

mécanisme du précédent, l'autorité de la jurisprudence dépend largement de l'attitude des juristes. L'observation de Christian Atias est très pertinente : « *L'état de droit, disait-il, ce n'est pas seulement l'ensemble de dispositions légales et réglementaires. Ce n'est pas la somme de cette première masse et de toutes les décisions rendues, voire connues. L'état du droit, c'est peut-être cette masse de connaissances rendues plus ou moins disponibles par leur enregistrement dans le savoir juridique* »¹¹¹. En retour, la valorisation de la jurisprudence donne un pouvoir *de facto* à la doctrine pour dire ce qu'est le droit positif¹¹². Toutefois, l'indifférence de la doctrine chinoise vis à vis des activités judiciaires ne cache pas l'importance réelle de celles-ci sur le plan juridique. « *Il faut et il faudra, quoi qu'on en pense, faire avec la puissance normative du juge et la part de confiscation du « vrai » pouvoir qu'elle emporte, au détriment des autres producteurs de normes juridiques. (...) ce n'est pas en se cachant derrière le petit doigt de la fiction juridique – la « puissance nulle » du juge, « l'autorité » et non le pouvoir dont la Constitution l'investit, la prohibition des « arrêts de règlement » – ah, l'arrêt de règlement ! – et toute cette sorte de choses efficace pour faire peur aux petites filles à l'heure de leur premier sommeil – que l'on empêchera les Cours de dire, seules, le sens positif et donc opératoire de la loi* »¹¹³.

Enfin, l'étude des activités judiciaires présente un intérêt particulier dans le contexte chinois. C'est bien dans ce domaine que l'on peut voir plus nettement la confrontation des différentes traditions juridiques : l'héritage de la pensée traditionnelle, la tradition romano-germanique et celle des pays de la *Common Law*. En même temps, le juge chinois doit prendre en compte des intérêts du législateur et d'administration, mais aussi ceux des justiciables¹¹⁴. En étudiant les décisions judiciaires qui sont les résultats d'une telle conciliation, il y a forte chance que l'on découvre les éléments caractérisant le droit chinois contemporain.

¹¹¹ Christian Atias, *Epistémologie juridique*, 11^e éd., Dalloz, 2002, n°210, p.119.

¹¹² V., T. Génicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? », In *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales, Tome XVI, Rennes, Dalloz, 2012. Pour l'auteur, ce pouvoir créateur est inévitable. La technique juridique permet d'encadrer le plus possible un tel pouvoir. (p.130 et s). Or, les auteurs abusent parfois ce pouvoir de fait dans l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation. V., la critique pertinente de N. Molfessis, « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », in *RDA* n°3, fév. 2011, p.51 et s.

¹¹³ Denys de Béchillon, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p.32.

¹¹⁴ Sur ce point, v., Zhou Jianhua, *art.préc.*, pp.380-381 : « *pour le législateur, le juge est un arbitre impartial et neutre qui rend une décision selon la loi ; de la part du gouvernement, le juge reçoit ses ordres et rend une décision favorable à son administration ; pour les justiciables, le juge est un arbitre impartial quand il rend une décision favorable à leurs prestations* ».

14. Interprétations judiciaires et les décisions judiciaires Lorsque l'on parle de l'activité judiciaire en Chine, celle-ci comprend à la fois les interprétations judiciaires et les décisions judiciaires.

L'interprétation judiciaire constitue sans doute l'aspect le plus original de la Cour suprême populaire¹¹⁵ aux yeux des observateurs étrangers¹¹⁶. Elle est en outre l'activité principale de la Haute juridiction chinoise¹¹⁷.

La possibilité pour la CSP d'émettre des interprétations judiciaires est consacrée par la Résolution du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale sur le renforcement du travail d'interprétation des lois de 1981. Cette résolution distingue trois types d'interprétations dites « officielles », à savoir les interprétations législative, administrative et judiciaire¹¹⁸. En théorie, le pouvoir de la CPS d'interpréter le droit est doublement limité : « *En premier lieu, il faut souligner que la résolution de 1981 ne lui octroie ce pouvoir qu'eu égard aux lois, et non concernant les règlements locaux, de sorte qu'officiellement, le pouvoir d'interprétation de la Cour est limité aux normes émises par l'Assemblée et son Comité permanent. En second lieu, ce pouvoir n'a été accordé qu'à la Cour suprême* »¹¹⁹. Il n'en demeure pas moins que sur le plan pratique, la plupart des interprétations officielles émanent de la CPS.

Les interprétations judiciaires occupent une place centrale en droit chinois¹²⁰. Par leur caractère général et abstrait, ces interprétations se présentent comme des textes quasi-législatifs. Pour ne citer qu'une illustration toute récente, la CPS a promulgué, le 30 janvier 2015, une interprétation judiciaire sur l'application de la Loi chinoise des procédures civiles¹²¹, texte qui comporte 552 articles¹²²! Si cette activité de la Cour suscite de sévères critiques de la part des juristes chinois¹²³, l'importance pratique de l'interprétation judiciaire ne peut pas être niée. Ce qui justifie de l'inclure dans notre recherche.

¹¹⁵ En revanche, les juridictions inférieures n'ont pas la compétence pour émettre des interprétations judiciaires.

¹¹⁶ Sur l'interprétation judiciaire, v., Chen Chunlong, « La place et les fonctions de l'interprétation judiciaire en Chine », in *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, Litec, 2003 pp. 221-240; Zhenbao Jin, « From a supplementary legislator to a legitimate judicial lawmaker – on the role of the supreme people's court in developing the law in mainland China », in *Towards a Chinese civil code*, op.cit., pp. 29-60; H. Piquet, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, op.cit., p.83 et s.

¹¹⁷ G.Cuniberti, op.cit., p.242: « Si la Cour suprême chinoise ne néglige pas complètement ce mode de production des normes, elle se concentre essentiellement sur l'émission de prétendues interprétations qui sont en vérité, le plus souvent, des normes à part entière, abstraite et générale ».

¹¹⁸ Chen Chunlong, art.préc.

¹¹⁹ G.Cuniberti, op.cit., n°402, p.243.

¹²⁰ Chen Chunlong, art.préc., p.225 : « Toutes ces interprétations créatrices jouent un rôle aussi important que la loi, et constituent un fondement direct dans l'activité judiciaire ».

¹²¹ 法释[2015]5号.

¹²² Alors que la Loi chinoise des procédures civiles ne comporte que 284 articles.

¹²³ V., Zhenbao Jin, art. préc., p.39 et s.

Pour promouvoir l'unité dans l'application des textes législatifs à l'échelle nationale, la CPS commence à publier dans son journal officiel, à partir de 1985, certaines décisions importantes¹²⁴. La plupart de ces décisions ne sont pas rendues par la CPS elle-même, et leur publication dans la Gazette s'accompagne souvent des modifications ou des améliorations faites par la Cour suprême¹²⁵. La CPS donne parfois des commentaires supplémentaires, explicitant ainsi le raisonnement juridique derrière ces décisions¹²⁶. Ces décisions n'ont en revanche pas une force contraignante pour les juges inférieurs. Il est interdit de citer ces décisions dans les jugements. Mais dans la pratique, la consultation de ces arrêts publiés par les juges du fond est presque systématique.

Récemment, la CPS a développé une nouvelle pratique plus ambitieuse sous le nom des « arrêts directeurs » (*Zhidaoxing anli*). L'objectif est de renforcer la force obligatoire de ces décisions par rapport aux celles publiées dans les Gazettes, sans aller jusqu'à consacrer le mécanisme de Précédent que connaît les pays de la *Common Law*. Cette ambiguïté se traduit dans les termes du règlement de la CPS régissant la matière¹²⁷. Son article 7 dispose que les juges du fond « doivent prendre en compte » (*canzhao*) ces arrêts directeurs lorsqu'ils rencontrent une situation identique. Le texte ne nous donne pas d'autre précision sur l'effet contraignant de ces décisions. Dans un règlement du 27 avril 2015¹²⁸, la CPS vient de préciser une nouvelle fois la portée de ces arrêts directeurs. Son article 10 dispose que les tribunaux doivent citer les arrêts directeurs dans la motivation.

Ces décisions « importantes » sont néanmoins insuffisantes pour donner une image complète sur l'activité judiciaire en Chine à cause de leur nombre extrêmement réduit¹²⁹. On propose par conséquent d'adopter une définition générique du mot « jurisprudence »¹³⁰, englobant ainsi l'ensemble des décisions judiciaires. Une consultation massive des arrêts est d'ailleurs nécessaire pour garantir la fiabilité des conclusions proposées dans cette étude¹³¹.

¹²⁴ Hao Dong, « Une recherche sur les décisions publiée par la CPS dans sa Gazette (*zuigao renmin fayuan gongbao fabu anli zhi yanjiu*) », *Renmin Sifa*, 6 (2002) : 18-20.

¹²⁵ H. Pélène, *op.cit.*, p.78 et s.

¹²⁶ Zhenbao Jin, *art.préc.*, p.38.

¹²⁷ 法发[2010] 51号

¹²⁸ 《最高人民法院关于案例指导工作的规定》实施细则。

¹²⁹ Jusqu'à avril 2015, il y a seulement 71 arrêts directeurs.

¹³⁰ Sur les différentes acceptions du mot « jurisprudence », v., Frédéric Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, *spéc.*, p.81 et s.

¹³¹ Parmi tant de décisions consultées (plus de 30 milles environ), on retient normalement la position constante des tribunaux. Les décisions isolées sont exceptionnellement prises en compte. En outre, on choisit les décisions rendues par tous niveaux des tribunaux (Tribunal de base, tribunal intermédiaire, tribunal supérieur, et la CPS). Le facteur géographique est aussi pris en compte.

En droit français, l'exploration massive de la jurisprudence est liée à une amélioration du support matériel¹³². Un même constat peut être fait à propos du droit chinois. Depuis le 1^{er} janvier 2014, toutes les décisions rendues par les tribunaux intermédiaires, supérieures ou la Cour suprême doivent faire l'objet d'une publication sur le site officiel de la CPS¹³³. Les arrêts de certains tribunaux de base sont aussi accessibles sur le même site¹³⁴. Cet événement constitue sans doute une étape décisive vers une plus grande transparence des activités judiciaires en Chine. En même temps, il rend possible une recherche du droit chinois fondée sur la jurisprudence. Les arrêts chinois sont d'ailleurs collectés par certaines bases de données privées, dont notamment le « *Beida Fabao* »¹³⁵. La majorité des décisions utilisées dans la présente étude proviennent de ces sources.

15. Le deuxième objectif : une comparaison entre le droit français et le droit chinois Le droit comparé *stricto sensu* ne doit pas être confondu avec l'introduction au droit étranger¹³⁶. « *Le droit comparé est en effet essentiellement comparatif en ce qu'il ne décrit pas un droit étranger pour lui-même, mais toujours par rapport à un autre droit* »¹³⁷. Comme nous l'avons vu, cet aspect comparatif n'est pas toujours présent dans les études de 'droit comparé' intéressant le droit chinois. La présente étude s'efforce par conséquent de combler cette lacune. Avec le droit chinois reconstruit, cette comparaison serait riche d'enseignement. Pour ne donner qu'un exemple parmi beaucoup d'autres, on mentionne le débat actuel en France sur la dogmatique française et le réalisme américain¹³⁸. Or, le droit chinois, par sa nature pragmatique, peut utilement enrichir ce débat. Comme on le verra tout au long de cette recherche, cette attitude pragmatique ne se traduit pas par un refus catégorique des règles juridiques abstraites et générales. C'est pourtant leurs valeurs absolues qui se trouvent largement tempérées. Les juges chinois subordonnent souvent l'application concrète des règles aux conséquences pratiques dans chaque cas d'espèce, ce qui donne au droit un caractère plus flexible. Sur ce point, le

¹³² Sur le lien entre les deux, v., Ed. Meynial, « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, présentation de Jean-Louis Halpétrin, Dalloz, 2004, p.175 et s.

¹³³ Il y a certainement des arrêts qui sont non publiés pour des raisons diverses. Force est de constater le nombre impressionnant des décisions mis en ligne à l'heure actuelle.

¹³⁴ <http://www.court.gov.cn/zqcpwsw/>

¹³⁵ <http://www.pkulaw.cn/>

¹³⁶ Sur la nécessité de bien distinguer les deux approches, E.Piquet, L'état du droit comparé en France, en 1999, art.préc., p.892 et s.

¹³⁷ *Ibid.*, p.893.

¹³⁸ V., Ch. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : une exercice de lecture comparé », *Droits*, n°51, p.137 et s.; Y. Lequette, « Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges J. Hauser*, Lexis-Nexis, Dalloz, 2012, p.879 et s.

pragmatisme du droit chinois se rapproche du réalisme juridique américain. Ces deux notions ne se confondent pourtant pas. Selon Philip C. C. Huang, la particularité du pragmatisme chinois est qu'il est guidé par des valeurs morales : le goût pour la paix sociale, le désir de protéger les parties faibles, *etc*¹³⁹. L'auteur propose le terme « *pragmatisme moral* »¹⁴⁰ pour qualifier cette particularité du droit chinois. Ces considérations morales ne sont pas absentes en droit français contemporain. Mais la protection de la partie faible se réalise aussi par des techniques juridiques abstraites et générales. Si la valeur relative des règles juridiques nuit parfois à la sécurité juridique, le recours à la technique juridique trop sophistiquée peut aussi engendrer le désordre ou l'injustice. La rencontre de ces deux approches serait une belle occasion pour dégager une meilleure solution.

16. Le choix de la méthode pour la comparaison La question de méthode occupe une place centrale dans la discipline du droit comparé¹⁴¹. Elle est en même temps extrêmement controversée en doctrine, ce qui se comprend aisément. La méthode du droit comparé entretient un lien étroit avec la fonction attribuée à celui-ci. Si le droit comparé peut remplir une pluralité des fonctions, il est normal de constater une diversité de méthodes employées.

Parmi toutes ces méthodes concurrentes, l'approche fonctionnelle semble occuper une place importante à l'heure d'harmonisation des droits nationaux au sein de l'Union Européenne. La meilleure description d'une telle méthode se trouve dans le célèbre ouvrage de Zweigert et Kötz¹⁴². La réflexion de ces deux auteurs part d'un constat empirique : « *(Les) différents ordres juridiques — malgré toutes les différences qui ont marqué leur évolution historique, leur construction théorique et systématique, et le style de leur application pratique dans la réalité juridique — arrivent tout de même en ce qui concerne les mêmes problèmes vitaux à des solutions qui, souvent dans les moindres détails, sont identiques ou du moins étonnamment voisines* »¹⁴³. Dès lors, il incombe aux comparatistes de formuler la question de droit, afin de comparer ensuite les diverses solutions apportées par les différents droits nationaux.

¹³⁹ Philip C.C.Huang, *op.cit.*, p.255 et s.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.251 et s.

¹⁴¹ V., S. Glanert, « Method? » In Pier Guiseppa Monateri, *Methods of comparative law*, Edward Elgar, 2012, p.61 et s., spéc., p.61 : « *It is hardly an exaggeration to think of method as a disciplinary hallmark. No discipline, it seems, can lay claim to intellectual respectability unless it features an accredited method. But comparative law seems unusual in as much as it is often reduced to a method – and this, by comparatists themselves for whom comparative law would be a strictly methodological endeavor* ».

¹⁴² K. Zweigert et H. Kötz, *An introduction to comparative law*, translated by Tony Weir, 3e éd., Oxford, 1998.

¹⁴³ K. Zweigert, « Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé) », *RIDC*, 1966-1, p.5.

À l'issue de ce procédé, il serait possible de retenir la « *bonne* » solution pour traiter la question posée. Dans cette perspective, la différence n'a qu'une valeur négative, et il convient de dépasser les divergences apparentes pour trouver les convergences fondamentales¹⁴⁴. Il est évident que l'approche fonctionnelle s'accorde parfaitement avec les tentatives d'harmonisation ou d'unification des droits nationaux¹⁴⁵.

Malgré ses mérites incontestables, il nous semble que la méthode fonctionnelle n'est pas la voie appropriée pour une étude comparative entre le droit chinois et le droit français. Pour garantir le caractère neutre et universel de la méthode fonctionnelle, Zweigert exige que les comparatistes posent la bonne question. Selon lui, « *le comparatiste n'a bien posé une question que si, en la formulant, il évite soigneusement toute notion systématique empruntée à son propre droit* »¹⁴⁶. Or, comme l'a parfaitement expliqué Ruskora, ce qui constitue une « *question* » dans un ordre juridique ne l'est pas nécessairement dans un autre, et surtout, le procédé des fonctionnalistes présuppose que la « *question* » doit être résolue en droit plutôt que par une autre norme sociale¹⁴⁷. La prétendue neutralité de la méthode fonctionnelle pose encore des difficultés dans la deuxième phase de raisonnement. Pour dire qu'une solution est meilleure qu'une autre, il est indispensable de retenir un critère d'évaluation. Or, il n'est pas certain que tous les systèmes juridiques protègent les mêmes valeurs et selon une hiérarchie identique¹⁴⁸. Classer les solutions en dépit de cette divergence quant aux intérêts protégés, les fonctionnalistes sont tenus de privilégier un ou plusieurs systèmes juridiques au détriment de tous les autres¹⁴⁹. En conclusion, le succès d'une telle méthode suppose en réalité une communauté de valeur entre les droits comparés. Or, une telle communauté de valeurs fait partiellement défaut dans la comparaison franco-chinoise.

Ayant pour but de démontrer la divergence profonde entre le droit chinois et le droit français, la méthode que l'on va retenir dans cette étude ne peut pas être celle de

¹⁴⁴ Sur ce point, v. les commentaires de Pierre Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in Pierre Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Presse universitaire de France, 2009, p.209 et s., et *spéc.*, p.221-222 : « Selon Zweigert et Kötz, les droits sont similaires, y compris dans le détail, à telle enseigne que le comparatiste qui conclurait à des différences importantes entre les droits devrait se tenir sur ses grades : ou bien il aurait mal formulé la question marquant le point de départ de sa recherche ou bien qu'il n'aurait pas suffisamment approfondi sa réflexion. Pour ces auteurs, l'identification de différences entre les droits revêt donc un aspect négatif. Selon ces comparatistes, une telle conclusion révèle, au fond, une comparaison qui n'est pas à la hauteur des attentes qu'elles a suscitées ».

¹⁴⁵ Ainsi, parmi les diverses fonctions du droit comparé, K. Zweigert et H. Kötz mentionne notamment l'unification systématique du droit et le développement du droit privé commun pour tout Europe. K. Zweigert et H. Kötz, *op.cit.*, p.24 et s.

¹⁴⁶ K. Zweigert, *art. préc.*, pp. 6-7.

¹⁴⁷ T. Ruskora, *Legal orientation, art. préc.*, p.189.

¹⁴⁸ Or, comme on le sait, le droit chinois protège certains intérêts peu connus de droits occidentaux. Même pour les valeurs communes, il n'est pas certain que celles-ci occupent la même place dans la hiérarchie.

¹⁴⁹ Par exemple, si on critique le droit français d'être inefficace sur le plan économique, cela implique une préférence donnée à la valeur économique du droit au détriment des considérations morales.

l'approche fonctionnelle. Est en revanche retenue une « *analyse différentielle* »¹⁵⁰, chère à Pierre Legrand. On ne cherche pas à dépasser la divergence en proposant une 'meilleure' solution valant pour les deux systèmes. L'important est de comprendre cette différence en se plaçant dans un contexte historique-culturel-juridique.

17. Arrhes comme sujet de la comparaison Le choix du sujet pour la comparaison franco-chinoise n'est pas une chose aisée. La réflexion du Professeur Kitamura sur la comparaison entre droit français et droit japonais est aussi pertinente à notre sujet : les thèmes généraux portent le risque d'être trop abstraits et élémentaires, mais dans l'autre extrême, « *trop enfoncé dans les détails, on n'aperçoit plus le système* »¹⁵¹. Une conciliation est néanmoins concevable. Il s'agit de survoler les deux systèmes juridiques via une institution concrète.

Ce sont ces considérations qui nous conduisent à choisir les arrhes comme l'objet de notre comparaison. D'abord, l'institution est connue dans les deux pays, ce qui rend une comparaison possible. En même temps, la convention d'arrhes présente des différences fondamentales dans les deux systèmes juridiques, ce qui est riche d'enseignement. Mais surtout, l'étude des arrhes nous permet de toucher divers aspects du système juridique. En France, les arrhes intéressent le droit de la consommation, le mécanisme conditionnel, l'unilatéralisme, ou encore l'exigence de la bonne foi, tandis qu'en droit chinois, l'institution se trouve au carrefour de deux branches importantes du droit civil : les arrhes sont à la fois une stipulation contractuelle et une variété de sûreté conventionnelle. Par conséquent, il ne faut pas s'étonner de trouver dans cette étude de longs développements sur la condition potestative, la clause pénale, ou encore le contrat réel : si l'étude des arrhes a un intérêt en elle-même, celle-ci est en même temps un intermédiaire qui nous permet de comparer les deux systèmes juridiques sous divers aspects. Et c'est de cette manière que l'on entend éviter le double risque exposé ci-dessus.

18. La définition des arrhes : une tâche délicate La définition du mot « *arrhes* » constitue un préalable indispensable pour notre recherche. Cette tâche est en même temps délicate. Les difficultés se situent aux deux niveaux différents. D'une part, la définition des arrhes est problématique dans les droits nationaux des deux

¹⁵⁰ P. Legrand, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RIDC* 1999, p.1053 et s.

¹⁵¹ I. Kitamura, « Brèves réflexions sur la méthode de comparaison franco-japonaise », *RIDC* 1995-4, p.865.

pays. D'autre part, cette définition n'est pas la même en droit chinois et en droit français.

19. Différentes définitions données au mot « arrhes » en droit français. Il existe en réalité plusieurs définitions concurrentes des arrhes en droit français que l'on peut regrouper sous deux catégories.

Dans la première acception dite « *restreinte* », le mot est intimement lié à une fonction de dédit, au sens de l'article 1590 du Code civil français. Ainsi, Madame Fabre-Magnan définit les « *arrhes* » comme « *la somme d'argent perdue par la partie qui décide d'user de sa faculté de dédit* »¹⁵². C'est aussi la position que prend *Le Dictionnaire du Vocabulaire Juridique*, sous la direction de Rémy Cabrillac¹⁵³, ou encore *Le Lexique des Termes Juridiques*¹⁵⁴. Si on retient une telle définition, « *arrhes* » et acompte se présentent alors comme deux notions bien distinctes. Monsieur Fages le rappelle clairement dans son manuel consacré au Droit des obligations : « *Non loin de la clause de dédit, la pratique connaît, de façon plus informelle, le mécanisme des arrhes. Ce terme désigne la somme qui permet aux parties à un contrat de revenir sur leur engagement, soit, pour celui qui l'a versée, en l'abandonnant, soit, pour celui qui l'a reçue, en la restituant au double de son montant. Les arrhes se distinguent ainsi de l'acompte, qui ne constitue qu'une avance sur le prix globalement dû, et ne permet pas le dédit* »¹⁵⁵. En revanche, la différence entre la convention d'arrhes et la clause de dédit devient minime : « *La seule véritable différence avec la faculté de dédit, est que la faculté est, en matière d'arrhes, bilatérale* »¹⁵⁶.

Selon une deuxième acception plus extensive, les arrhes ne sont pas présentées comme une somme ayant pour seule mission d'assurer la faculté de dédit. Plusieurs variétés sont alors envisageables. Dans sa thèse sur les arrhes en droit français, Redouin les définit comme « *une somme d'argent ou un objet quelconque remis lors de la conclusion d'un contrat par l'une des parties à l'autre dans un but de preuve,*

¹⁵² M.Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Vol.1, Contrat et engagement unilatéral*, Coll. Thémis, 3^e édition, Puf, 2013, p.284.

¹⁵³ *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2014, 5^e éd.*, Sous la direction de Rémy Cabrillac, Lexis Nexis : « *somme d'argent versée à l'avance par ou sa restitution au double par celui qui l'a reçue* ».

¹⁵⁴ *Le Lexique des Termes 2014-2015*, Dalloz, « *Somme d'argent imputable sur le prix total, versée par le débiteur au moment de la conclusion du contrat et constituant un moyen de dédit, sauf stipulation contraire* ».

¹⁵⁵ B. Fages, *Droit des obligations*, 4^e éd., LGDJ, Lextenso-éditions, 2012, n°98, p.91. Dans le même sens, v. *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, Lextenso-édition, 2012, n° 11172, p.124.

¹⁵⁶ Cécile Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, Bibliothèque de droit privé Tome 380, LGDJ 2002, n°31, p. 29.

d'acompte ou de dédit »¹⁵⁷. La plupart des auteurs partagent cette opinion¹⁵⁸. On peut cependant relever quelques voix dissidentes. C'est ainsi que pour Malaurie, Aynès, et Stoffel-Munck, la fonction de l'acompte ne se distingue pas de celle de preuve¹⁵⁹. Plus surprenant encore, Henri et Léon Mazeaud et Chabas ont fait la fonction de garantie ou de sanction la deuxième variété à l'instar des arrhes-débit¹⁶⁰. Cependant, selon les frères Mazeaud, il faut se garder de confondre l'acompte et les arrhes¹⁶¹. Cette idée de garantie trouve sa place aussi dans la définition donnée par le Vocabulaire Cornu¹⁶².

Quoi qu'il en soit, on peut considérer que dans cet deuxième groupe de définitions, les arrhes se caractérisent par leur capacité à avoir différentes fonctions juridiques.

La différence qui existe entre ces deux conceptions est évidente. Mais les choses se compliquent encore lorsque l'on se tourne vers les autres systèmes juridiques. Un article de Waldemar Czapski¹⁶³ illustre bien la diversité des régimes juridiques intéressant les arrhes à l'échelle mondiale. Ce constat s'impose même si on se limite à comparer le droit français avec le droit chinois.

20. La conception d'arrhes en droit chinois Comme en droit français, les textes législatifs chinois ne se préoccupent pas de donner une définition précise au mot « *arrhes* » (Dingjin, « *fixe-argent* »). Mais la première différence majeure avec le droit français, c'est que les arrhes se présentent, en droit chinois, comme une sorte de « *sûreté* », à l'instar du cautionnement, de l'hypothèque, du gage et du droit de

¹⁵⁷ J. Redouin, *Les arrhes en droit français*, 1935, p.19.

¹⁵⁸ *RTD.civ.* 1938, p.810, note Gabriel Marty ; *RTD.Civ.* 1967, p.183, note Gérard Cornu ; *Rép. Civ.*, v° Arrhes, par Djoudi ; *Juris.Classeur Civil Code* 1590, par Marc Mignot ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 24, 3^e édition., 1878, n°26, p. 37.

¹⁵⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^e éd., LGDJ lextenso-édition, 2013, n°1080, p.586. : « *Ce qui importe est ce qu'on voulu les parties : soit une faculté de dédit, les arrhes permettent alors de le repentir; soit un acompte, elle exercent alors une fonction probatoire de l'engagement* ».

¹⁶⁰ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, T. III*, deuxième volume, 7^e édition, par Michel de JUGLART, n° 806, p.88 : « *Mais les arrhes peuvent être stipulées alors qu'aucune faculté de dédit n'est conférée dans la vente ou la promesse. En pareil cas, l'acheteur, le vendeur ou promettant n'a pas le droit de se délier; s'il ne remplit pas ses obligations, il se rend coupable d'inexécution; il doit les arrhes, dont la stipulation n'est pas autre chose qu'une clause pénale, dénommée pacte commissaire ou clause résolutoire, sanctionnant la résolution du contrat* ».

¹⁶¹ *Ibid.*, p.89 : « *Quelles accompagnent ou non la faculté de dédit, les arrhes sont distinctes des acomptes. L'acompte est, en effet, une fraction du prix, fraction généralement payable dès la formation du contrat avant la livraison; en versant un acompte, l'acheteur exécute le contrat. À la différence des arrhes qui accompagnent une faculté de dédit, l'acompte stipulé et versé ne permet à aucun des contractants de se dédire. À la différence des arrhes convenue sans faculté de dédit, l'acompte versé n'est pas une peine, à laquelle serait forfaitairement fixé le montant des dommages-intérêts dus en réparation du préjudice causé par la résolution* ».

¹⁶² « *Somme d'argent (ou autre chose mobilière) qui, remise par une partie contractante à l'autre en garantie de l'exécution d'un marché conclu (secondairement pour preuve de l'accord) est destinée soit à s'imputer sur le prix, comme acompte, soit (dans les cas où le versement d'arrhes vaut moyen de dédit) à être perdue par celui qui l'a versée, s'il se départit de l'opération ou à lui être restituée au double par l'autre, si le dédit vient de son fait* ».

¹⁶³ W. CZAPSKI, « Les arrhes dans l'hôtellerie et l'organisation des voyages », in *Etude offertes à Barthélemy Mercadal*, édition francis lefevre, 2002, pp.430-435.

rétribution. En fait, La *Loi chinoise des sûretés* (1995) (*LCS*) consacre un chapitre entier à la convention d'arrhes¹⁶⁴. Une telle qualification peut paraître surprenante aux yeux des juristes français, pour qui la notion d'arrhes est étroitement liée à la faculté de dédit.

Cette qualification ne peut se comprendre que si on se place dans le contexte chinois, où la fonction primordiale des arrhes est précisément une fonction de garantie. L'article 115 de la *LCS* est rédigé dans les termes suivants¹⁶⁵ :

« Selon les prévisions de leur contrat, une partie peut verser des arrhes à l'autre en vue de garantir l'exécution du contrat. Lorsque le contrat est exécuté, les arrhes sont restituées, à moins qu'elles ne se soient imputées sur le prix.

« Celui qui a versé les arrhes les perdra s'il n'exécute pas le contrat, mais la somme lui sera restituée au double par celui qui l'a reçue si l'inexécution est le fait de ce dernier ».

L'idée de dédit est totalement absente dans cette disposition, et les arrhes servent, au contraire, à *« garantir l'exécution du contrat »*. Cette variante d'arrhes, que l'on peut appeler *« arrhes-exécution »*, ne se confond pas avec les trois types d'arrhes couramment admis en droit français, à savoir les arrhes-dédit, les arrhes-preuve ou les arrhes-acompte.

La garantie d'exécution du contrat n'est cependant pas la seule fonction concevable pour les arrhes en droit chinois. Une Interprétation judiciaire¹⁶⁶ émanant de la Cour suprême populaire énumère trois autres variétés possibles. Les arrhes peuvent être stipulées pour garantir la conclusion définitive du contrat¹⁶⁷ ou pour assurer un droit à la résolution dans un contrat formé¹⁶⁸. Le versement effectif des arrhes peut encore conditionner la conclusion ou la prise d'effet du contrat en cause¹⁶⁹. Aucun de ces trois figures ne trouve son équivalent parfait en droit français. Faute de traduction acquise dans ce domaine, nous proposons de les appeler arrhes-promesse, arrhes-formation et arrhes-résolution.

Quant aux arrhes-preuve, elles ne sont pas visées dans des textes légaux chinois. La fonction probatoire est vue, par la plupart des auteurs chinois, comme une fonction secondaire qui est présente dans toutes les conventions d'arrhes.

¹⁶⁴ Le Chapitre 6, qui comprend 3 articles.

¹⁶⁵ L'article 115 de la Loi Chinoise des Contrat ne fait que reproduire cette disposition.

¹⁶⁶ L'interprétation judiciaire de la CPS sur l'application de la Loi chinoise des sûretés, 法释[2000] 44号.

¹⁶⁷ L'article 115 de l'Interprétation.

¹⁶⁸ L'article 117 de l'Interprétation.

¹⁶⁹ L'article 116 de l'Interprétation.

Mais si les auteurs sont d'accord sur la typologie des arrhes, ils ne parviennent pas à trouver une parfaite définition permettant de couvrir toutes ces variantes.

21. Deux composantes dans la notion d'arrhes. À l'issue de l'examen des différentes définitions données au mot « *arrhes* », on ne parvient pas à en trouver une valable pour toutes les variantes existantes dans les deux systèmes juridiques. On peut néanmoins en tirer un enseignement intéressant. C'est que toute définition contient en réalité deux composantes. Il y a tout d'abord une partie subjective et variable, qui est la fonction juridique qu'assume la convention d'arrhes : dédit, preuve, acompte, garantie, *etc.* C'est elle qui est mise en valeur par les juristes. Mais il en existe une deuxième, qui est d'ordre objective et intangible : c'est la technique employée par la convention d'arrhes. (Le caractère réel et bilatéral de la convention, la règle de perte ou de double restitution des arrhes). Si l'on ne parvient pas à trouver une définition satisfaisante pour la notion d'arrhes, c'est peut-être parce que l'on a lancé la recherche dans une mauvaise voie. Autrement dit, au lieu de se concentrer sur l'aspect subjectif de la clause, il est sans doute plus fructueux de rechercher le « *tronc commun* » de toutes les arrhes du côté du mécanisme juridique.

La fonction juridique est sans nul doute une composante essentielle pour la convention d'arrhes. Comme l'a dit très nettement Redouin, « *Il ressort que les arrhes se caractérisent par le fait qu'elles remplissent diverses fonctions. Il est impossible, pour en donner une définition exacte, de les dissocier de leurs différents rôles* »¹⁷⁰. La difficulté consiste à fixer le critère permettant d'englober toutes les variétés d'arrhes concevables, et d'exclure celles qui n'en relèvent pas. La doctrine majoritaire française identifie trois fonctions que peuvent jouer les arrhes : acompte, preuve et dédit. Mais une somme d'argent peut bien remplir une toute autre mission. La comparaison avec le droit chinois ne fait que confirmer cette opinion. Dans pareille hypothèse, convient-il de parler d'« *arrhes* », ou faut-il réserver le terme aux seuls cas où cette somme d'argent assume certaines fonctions déterminées ? Dans le premier cas, les arrhes se définissent comme une somme d'argent versée d'avance ayant pour but d'assurer une fonction quelconque. Simple dans son énoncé, une telle définition prive tout intérêt théorique de la notion. Mais si l'on opte pour la deuxième, encore faut-il déterminer les « *véritables* » fonctions que peuvent jouer les arrhes.

¹⁷⁰ J. Redouin, *op.cit.*, p.19.

Le critère peut tout d'abord être formel : les fonctions des arrhes sont celles préfixées par des textes légaux. La définition précitée de Redouin en est une bonne illustration. Du côté chinois, M. Guo Mingrui, éminent spécialiste dans ce domaine, définissent les arrhes comme « *une somme d'argent ayant pour but de garantir la conclusion, la prise d'effet ou la bonne exécution du contrat* »¹⁷¹, qui ne fait que reproduire les variétés d'arrhes admises en droit positif. Une telle approche purement descriptive nous apparaît néanmoins insatisfaisante. Il faut donc rechercher un critère d'ordre substantiel.

Ce critère, on peut le trouver facilement du côté du mécanisme de la convention d'arrhes. Dans les passages qui précèdent, nous avons insisté davantage sur la diversité des fonctions qu'adoptent les arrhes dans les deux systèmes juridiques. Mais que ce soit en droit chinois ou en droit français, le mécanisme des arrhes, tel qu'il est décrit par l'article 1590 du Code civil français et l'article 115 de la *LCS*, demeure toujours le même. De deux choses l'une : soit le jeu des arrhes n'est pas déclenché, et la somme aura vocation à se transformer en acompte; dans le cas contraire, la somme sera perdue pour celui qui l'a versée ou lui sera restituée au double, selon les circonstances. C'est sur cette identité de technique que l'on peut finalement fonder une définition de la notion d'arrhes, valant pour les deux systèmes en question.

22. La définition des arrhes retenue dans la présente étude. Voici la définition que nous donnons donc des arrhes : *une somme d'argent remise avant ou lors de la conclusion d'un contrat¹⁷² par l'une des parties à l'autre dans un but déterminé. Elle est susceptible d'être acquise définitivement par celui qui l'a reçue, ou d'être restituée au double à celui qui l'a versée. Les conditions d'une telle perte ou de la double restitution varient selon la fonction remplie par la convention d'arrhes.*

La définition donnée ne correspond ni à celle du droit français, ni à celle du droit chinois. On ne croit pas que cette version présente une quelconque supériorité par rapport aux définitions préexistantes. Elle est proposée dans un seul objectif pratique : cette définition permet d'englober les différentes variétés d'arrhes qui existent dans les deux systèmes juridiques. Elle constitue ainsi le point de départ pour commencer notre réflexion.

¹⁷¹ Guo Mingrui, *Traité sur le droit des sûretés*, novembre 2008, p. 246.

¹⁷² Cet ajout a pour effet d'inclure les arrhes-promesse qui sont versées avant la conclusion du contrat principal.

On constate d'ailleurs que toutes les fonctions actuellement attribuées aux arrhes ne sont pas couvertes par cette définition. Les « *arrhes-acompte* » ou les « *arrhes-preuve* » ne sont pas des « *arrhes* » au sens de la présente recherche, puisqu'aucune de ces deux conventions ne déclenche le mécanisme de perte/double restitution tel qu'il est énoncé par l'article 1590 du Code civil. Pour le droit chinois, il convient d'exclure la variété d'« *arrhes-formation* » pour la même raison.

Il nous semble néanmoins préférable de dire quelques mots sur les arrhes-formation et les arrhes-preuve dans cette introduction, pour ne plus y revenir par la suite.

23. Les arrhes-formation La jurisprudence chinoise n'est pas toujours très rigoureuse dans la terminologie employée, et il arrive souvent que les tribunaux parlent des arrhes-formation alors qu'il s'agit en réalité des arrhes-promesse¹⁷³. La distinction est néanmoins claire sur le plan théorique. Les arrhes-formation sont celles dont la remise marque la conclusion du contrat ou sa prise d'effet¹⁷⁴. La particularité de cette clause par rapport aux autres conventions d'arrhes, c'est que la remise de la somme épuise la fonction juridique des arrhes-formation : une fois la somme versée, le contrat prend son effet et les arrhes se transforment en acompte. En principe par conséquent, les arrhes-formation ne peuvent pas être utilisées pour sanctionner le manquement du débiteur pendant l'exécution du contrat¹⁷⁵. Cette règle est néanmoins écartée dans deux séries d'hypothèses. La première relève du bon sens. Rien n'empêche les parties de prévoir dans leur contrat que les arrhes jouent plusieurs fonctions juridiques en même temps (ex., arrhes-formation et arrhes-exécution)¹⁷⁶. Ce n'est que l'expression de leur liberté contractuelle. La seconde hypothèse est plus

¹⁷³ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 10 octobre 2012, référence : CLI.C.1318618 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 16 juillet 2012, référence : CLI.C.1377517 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 18 novembre 2011, CLI.C.1002089 ; Tribunal de base de Chengdu, Sichuan, 1^{er} novembre 2011, référence : CLI.C.836196 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 octobre 2010, référence : CLI.C.454490 ; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, 19 septembre 2010, référence : CLI.C.302692 ; Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 17 juillet 2007, référence : CLI.C.141390 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 18 avril 2006, référence : CLI.C.182926 ; Tribunal de base de Xuhui, 27 novembre 2009, référence : CLI.C.1341229 ; Tribunal de base de Yicheng, Henan, 21 juillet 2010, référence : CLI.C.285629.

¹⁷⁴ Sur la distinction en droit chinois entre la conclusion du contrat et sa prise d'effet, v. *supra.*, n°101.

¹⁷⁵ Tribunal supérieur de Hebei, 9 septembre 2013, référence : CLI.C.1795084 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 22 mars 2012, référence : CLI.C.1041304 ; Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 17 juillet 2007, référence : CLI.C.141390 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 mars 2009, référence : CLI.C.994676 ; Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 23 août 2013, référence : CLI.C.1954341 ; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 21 novembre 2008, référence : CLI.C.503792 ; Tribunal de base de la Nouvelle région de la technologie, Henan, 22 avril 2015, référence : CLI.C.4555457 ; Tribunal intermédiaire de Bayannaoer, Neimenggu, 3 juillet 2014, référence : CLI.C.3268942 ; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 20 juin 2014, référence : CLI.C.3590396 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 avril 2014, référence : CLI.C.2679110 ; Tribunal de base de Fengxian, Shanghai, 18 décembre 2013, référence : CLI.C.2679225 ; Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 12 décembre 2013, référence : CLI.C.2630172.

¹⁷⁶ Tribunal intermédiaire de Yangpu, Hainan, 25 décembre 2000, référence : CLI.C.2123 ; Tribunal de base de Jingshan, Hubei, 24 février 2014, référence : CLI.C.2700710.

contestable. Comme on le verra par la suite¹⁷⁷, le droit chinois pose une présomption en faveur des arrhes-exécution lorsque les parties ne précisent pas la fonction exacte des arrhes en cause. Par conséquent, pour stipuler une clause d'arrhes-formation, les parties doivent préciser explicitement sa nature juridique dans le contrat¹⁷⁸. Mais la préférence des tribunaux pour les arrhes-exécution est tellement forte que les juges vont parfois appliquer la pénalité des arrhes (la perte ou la double restitution) même en présence des arrhes-formation¹⁷⁹.

Un autre point mérite d'être souligné. Selon L'article 116 de l'Interprétation judiciaire précitée, lorsque les arrhes-formation sont prévues dans le contrat, l'absence de leur remise n'empêche pas la prise effet du contrat si celui-ci est largement exécuté. La jurisprudence est constante sur ce point¹⁸⁰. On retrouvera une solution similaire en ce qui concerne l'exigence de l'écrit pour la validité du contrat¹⁸¹.

24. Les arrhes-preuve Les arrhes-preuve visent, comme leur nom l'indique, à prouver l'existence du contrat. Cette fonction joue un rôle important à l'époque, et la majorité des romanistes sont d'accord pour déclarer que la fonction probatoire constituait la seule fonction des arrhes en droit classique¹⁸². La fonction probatoire des arrhes est née avec l'avènement du contrat consensuel en droit Romain. Si le contrat peut se former *solo consensu*, la remise d'arrhes, signe extérieur de ce consentement, rend plus facile la preuve d'existence du contrat¹⁸³. Même si « *la pratique des arrhes fut importée de Grèce à Rome parmi d'autres usages du commerce maritime ou terrestre* », cette fonction de preuve n'existait pas en droit grec¹⁸⁴. Le droit grec ne connaissait pas le contrat consensuel, et le versement d'arrhes

¹⁷⁷ V. *infra.*, n°172.

¹⁷⁸ Premier tribunal intermédiaire de Hainan, 17 octobre 2011, référence : CLI.C.834007; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, référence : CLI.C.190458; Tribunal intermédiaire de Quzhou, Zhejiang, 12 juin 2008, référence : CLI.C.1671116.

¹⁷⁹ Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 25 février 2010, référence : CLI.C.304252; Tribunal de base de Jiangyin, Jiangsu, 18 décembre 2012, référence : CLI.C.1888184; Tribunal intermédiaire de Nantong, Jiangsu, référence : CLI.C.3103763.

¹⁸⁰ Tribunal de base de Yixing, Jiangsu, 23 janvier 2015, référence : CLI.C.4270991.

¹⁸¹ V., *infra.*, n°39.

¹⁸² P.-F. Girard, *Manuel élémentaire du droit romain*, Dalloz, 2003, p.577; Collinet, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, T.1, p.87 et s.; F.De Zulueta, *The roman law of sale*, Oxford 1945, p.23; R. Zimmermann, *The law of obligations*, p.231.

¹⁸³ J. Redouin, *op.cit.*, p.5 : « Cette fonction se conçoit fort bien dans une vente purement consensuelle, se formant par l'accord seul des parties. Les arrhes prouvaient l'existence du contrat et en même temps fixaient le moment où l'accord avait été fait (...) ».

¹⁸⁴ M. McAuley, « One thousand years of arra », 23 *McGill L. J.* 693 1977, pp.693-706; J.A.C. Thomas, « Arra in sale in Justinien law », 24 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 253, 1956, pp.253-278. Contra., F. Senn, « La dation d'arrhes. Histoire d'une sûreté réelle », *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, 1913, p.575 et s.

servait, dans ce contexte, à sanctionner celui qui refuse de donner suite au contrat projeté¹⁸⁵.

Dans une logique probatoire, les arrhes peuvent être soit une somme d'argent, soit un autre objet quelconque. À titre d'exemple, la remise d'un anneau constituait une pratique fréquente de l'époque. En plus, l'argent, par sa nature fongible et consommable, ne semble pas être l'objet idéal pour remplir une fonction probatoire¹⁸⁶. Ces autres objets sont néanmoins moins adaptés pour la fonction comminatoire ou libératoire : le jeu de double restitution joue difficilement en présence des corps certains¹⁸⁷.

Une autre particularité qui caractérise cette variété d'arrhes, c'est le montant médiocre de la somme versée¹⁸⁸. Comme l'a bien montré Adhémar Esmein, « *Lés arrhes n'ayant d'importance qu'en ce qu'elles rendent certain et visible l'accord des volontés, leur fonction peut être également remplie par la remise d'un objet quelconque, quelle qu'en soit du reste la valeur, n'eût-il qu'une valeur purement symbolique* »¹⁸⁹.

Les arrhes continuent à remplir une fonction probatoire en droit français contemporain, mais son utilité est devenue très limitée. C'est d'abord parce que la force probatoire des arrhes est relative : « *Il s'agit d'une simple présomption du fait de l'homme évoluant dans les contours que lui assigne l'article 1353 du code civil* »¹⁹⁰. Ensuite, ce rôle probatoire ne joue que si l'article 1341 du Code civil ne s'applique pas¹⁹¹. Enfin, l'article 1715 du Code civil écarte la fonction probatoire des arrhes en matière des baux¹⁹².

¹⁸⁵ F. De Zulueta, *op.cit.*, p.22 : « *There its earliest function was penal : under a law which provided no actions on mere promises to buy and sell the buyer gave arra, which he forfeited if he failed to pay the price. Justice would seem to require that the seller should give equivalent arra, but this would have rendered the arrae nugatory, since they would cancel each other. Somehow it became settled that a defaulting seller must restore the buyer's arra and pay him alterum tantum.* »

¹⁸⁶ M. Hain, « *Developments in the Roman law of sale: Taking another look at arra and the warranty against eviction* », 2013 *Oxford U. Undergraduate L.J.* 1 2013, p.1 et s., spéc., p.6 : « *While in Greece penal arra was money, in Rome its function shaped the form of arra. Its aim was to adduce evidence of a contract. Money - or any other fungible for that matter - would be poor evidence. On the other hand, a ring could be presumed to be distinctive; it was hence perfect evidence. Gaius as well as Ulpian thus speak of a ring* ».

¹⁸⁷ Ceci explique que dans la présente étude, les arrhes désignent uniquement une somme d'argent.

¹⁸⁸ J. Redouin, *op.cit.*, p.5 : « *Ces arrhes probatoires étaient modiques* ». J. Carbonnier, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p.86 : « *On se rappellera ce qu'était l'arrhe dans l'ancien droit romain, avant qu'une confusion avec l'acompte n'en eût altéré la notion : une petite somme d'argent. C'est la petitesse, pour ne pas dire la joliesse de la petitesse (Small is beautiful...), qui explique ici l'appétitude du peu à exprimer le tout en expirant* ». V. aussi, G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange* : Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 2^e éd. 1900, n° 85; M. Planiol et G. Ripert par J. Hamel, *Traité pratique de droit civil français* : LGDJ, 2^e éd. 1956, t. X, *Les contrats civils*, 1^{re} partie, n° 209, p. 247.

¹⁸⁹ A. Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très droit français*, Paris, L. Larose et Forcel, 1883, pp.14-15.

¹⁹⁰ *Rép. Civ.*, v° Arrhes, par Djoudi, 35.

¹⁹¹ *Ibid.*, 36.

¹⁹² Selon ce texte, « *si le bail fait sans écrit n'a pas encore reçue exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données* ».

25. Enoncé du plan On retient deux approches pour examiner la convention d'arrhes. Dans une première approche dite « *statique* », on étudie la constitution de cette convention. La définition des arrhes met en lumière la coexistence de deux éléments de cette institution, à savoir le mécanisme et la fonction juridique. La première partie s'intéresse principalement à la relation qu'entretiennent ces deux éléments.

Enoncé du plan :

Première Partie : L'approche statique – Les composantes de la convention d'arrhes

Deuxième Partie : L'approche dynamique – Le déroulement de la convention d'arrhes

Première Partie : Approche statique – Les composantes de la convention d'arrhes

26. Deux composantes peuvent être identifiées au sein de toute convention d'arrhes : la technique empruntée d'une part, et le but poursuivi d'autre part. Comme on constatera tout au long de cette première partie, le mécanisme et les fonctions sont à la fois clairement distincts (Titre I) et en même temps étroitement liés (Titre II).

TITRE I MÉCANISME ET FONCTION : DEUX COMPOSANTES DISTINCTES DE LA CONVENTION D'ARRHES

27. Il convient d'examiner ici tour à tour les deux aspects de la convention d'arrhes : son aspect objectif qu'est le mécanisme d'arrhes (Chapitre I), ainsi que son aspect subjectif, à savoir les fonctions d'arrhes (Chapitre II).

La comparaison franco-chinoise nous montre bien l'autonomie de ces deux composantes : alors que le mécanisme des arrhes est organisé de manière identique, leurs fonctions juridiques se distinguent très nettement.

Chapitre I Le mécanisme des arrhes – aspect objectif de la convention

28. Toute somme d'argent remise ne peut pas être qualifiée d'arrhes. Elle doit encore présenter quelques particularités : la somme doit être remise avant (s'agissant des arrhes-promesse) ou lors de la conclusion du contrat, qui est d'ailleurs accompagnée du mécanisme de perte ou de double restitution. La remise effective des

arrhes (Section I) ainsi que la règle de perte ou de double restitution (Section II) sont par conséquent deux caractéristiques assurant une autonomie notionnelle de la convention d'arrhes.

Section I La remise effective des arrhes

29. Énoncé du plan Le contrat d'arrhes est couramment présenté, en droit chinois, comme un contrat réel. Certains auteurs français ont parfois avancé la même idée¹⁹³, même si cette convention ne figure pas dans la liste traditionnelle des contrats réels en droit français. Un tel oubli s'explique, nous semble-t-il, moins par des raisons théoriques, mais tout simplement par l'indifférence des auteurs vis-à-vis de cette institution¹⁹⁴.

Il faut tout d'abord s'interroger sur la notion du contrat réel (§1) avant de rechercher les effets de ladite qualification sur la convention d'arrhes dans le contexte du droit chinois (§2).

§1 La notion de contrat réel

¹⁹³ V., F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, p.91, note 2 : « Les arrhes font l'objet d'une convention accessoire, de nature réelle ». En se sens, G. Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange* ; Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 2^e éd., 1900, n°87 ; *RTD civ.* 1956, p. 363, note, J. Carbonnier ; J. Redouin, *thèse. préc.*, p.116. *Contra.*, M. Mignot, *Juri. Cla.*, Civil Code, Art. 1590, n°9 : « D'une façon générale, la catégorie des contrats réels est en voie d'extinction, ce qui peut s'expliquer en partie par l'archaïsme de son mode de formation. Le contrat n'est pas intrinsèquement réel puisqu'il ne l'est que pour la partie qui remet les arrhes. L'autre, celle qui les reçoit, ne verse aucune somme d'argent et est obligée par l'effet du consentement des parties, à restituer la somme reçue et une somme d'un même montant si elle exerce le dédit au lieu de le subir ». Cette opposition nous semble néanmoins mal fondée. Tout contrat réel n'est « réel » que pour celui qui prend l'initiative de la remise. Le don manuel demeure un contrat réel même si le donataire n'est aucunement tenue d'une obligation de tradition réelle.

¹⁹⁴ On trouvera une explication à cette indifférence lorsqu'on abordera la question de l'interdépendance entre les deux composantes des arrhes.

Comme beaucoup d'autres institutions en droit chinois contemporain, le contrat réel fait l'objet d'un emprunt direct au système juridique occidental. Cet emprunt n'est pourtant pas une reproduction mécanique. L'étude du contrat réel en droit français (A) nous permet de bien saisir les caractères propres de cette notion en droit chinois (B).

A Le contrat réel en droit français

30. L'origine romaine de la notion du contrat réel et sa conservation par le Code Civil La définition du contrat réel ne fait pas de doute. C'est celui dont la formation exige, outre l'échange des consentements des parties, la remise effective de la chose objet de la convention¹⁹⁵. L'institution trouve son origine en droit romain, où son apparition témoigne d'une « *atténuation de l'exigence du respect de certaines formes pour la validité des conventions* »¹⁹⁶. Cinq contrats sont traditionnellement visés par cette catégorie : le *mutuum*, le commodat, le dépôt, le gage ainsi que la fiducie¹⁹⁷. Dans tous ces cas, une simple promesse du contrat réel est dépourvue de tout effet juridique.

Conservée par l'ancien droit français et reprise notamment par Pothier dans son fameux traité des obligations¹⁹⁸, l'institution du contrat réel était maintenue par les rédacteurs du Code Civil¹⁹⁹. Étaient alors considérés comme des contrats réels le prêt à usage (art. 1875), le prêt de consommation (art. 1892), le dépôt (art. 1919) ainsi que le nantissement (art. 2071). Depuis 1804, la matière a néanmoins fait l'objet d'une évolution profonde, touchant à la fois la consistance de la catégorie ainsi que sa justification théorique.

¹⁹⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stiffel-Munck, *Les obligations*, 6^e éd., 2013, n°425, p.200 ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n°147, p.173 ; M. Fabr-Magnan, *Droit des obligations*, t.1, *Contrats et engagements unilatéraux*, 3^e éd., 2012, p.221.

¹⁹⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t.1, *Le contrat – le consentement*, 4^e éd., 2013, n°948, p.717.

¹⁹⁷ R. Robaye, *Le droit romain, t. II : Obligations – contrats – responsabilité contractuelle*, 2^e éd., Bruylant, 2002, p.35 et s. ; J. Gaudemet, E. Chevreau, *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, 2009, p.267 ; J.-Ph. Lévy, A.Castaldo *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 452 et s., n° 476 et s. ; P. Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 2003, p.538. Mais certains auteurs ne sont pas d'accord pour l'appartenance de la fiducie à la catégorie. V., R. Vivilers, *Rome et le droit privé*, édition Albin Michel, 1977, p.330 : « *Nous avons déjà eu l'occasion de traiter de la fiducie, qui n'est à aucun degré un contrat réel, puisqu'il s'agit de clauses qui accompagnent une madncipation ou une in jure cessio* ».

¹⁹⁸R.- J. Pothier, *Traité des obligations*, préface de J-L Halpérin, Dalloz 2011, n°10, p.10 : « *On divise les contrats, en ceux qui se forment par le seul consentement des parties, et qui pour cela sont appelés contrats consensuels, tels que la vente, le louage, le mandat, etc., et ceux où il est nécessaire qu'il intervienne quelque chose, outre le consentement : tels sont les contrats de prêt d'argent, de prêt à usage, de dépôt, de nantissement, qui, par la nature du contrat, exigent la tradition de la chose qui est l'objet de ces conventions. On les appelle contrats réels* ».

¹⁹⁹H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, t.2, vol.1, Obligations, théorie générale*, par F. Chabas, Montchrestien, 9^e édition, n°80.

31. Évolution de la catégorie du contrat réel Le premier événement majeur dans cette évolution, c'est l'apparition d'un nouveau cas de contrat réel, à savoir le don manuel. Ce changement est l'oeuvre de la jurisprudence²⁰⁰, qui est d'ailleurs approuvée par la plupart des auteurs contemporains. Ainsi, la catégorie du contrat réel semble connaître un certain enrichissement au fil du temps.

Néanmoins, un mouvement inverse s'est produit aussi en droit positif à une époque plus récente, et on peut constater un certain « *recul de la catégorie* »²⁰¹. Ainsi, un revirement jurisprudentiel est intervenu en matière du prêt. Par un arrêt de principe tant commenté par la doctrine²⁰², la Haute juridiction a jugé que « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* ». En revanche, les prêts consentis par un non-professionnel continuent à relever du contrat réel dont la formation exige une remise effective des fonds²⁰³.

Du côté législatif, après la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006, le gage cesse d'être un contrat réel et devient désormais un contrat solennel²⁰⁴. La remise de la chose gagée n'est plus une condition de validité pour ce contrat, mais en constitue un simple mode d'opposition à l'égard des tiers, à l'instar de la publicité de la sûreté lorsqu'il s'agit d'un gage sans dépossession²⁰⁵. Ce changement est considéré par certains comme un point « *sans doute le plus important de la réforme* »²⁰⁶, qui présente plusieurs avantages : il permet de remédier à la discordance accrue entre un texte dans le code qui exige toujours la remise comme une condition de validité et les cas multiples de nouveaux gages sans dépossession ; il facilite en même temps le gage d'un meuble futur ou les gages successifs sur un même bien, cette « *gestion dynamique du bien offerte en garantie* »²⁰⁷ est économiquement plus désirable.

²⁰⁰Cass. Civ. 1^{re}, 11 juillet 1960 : *Bull.civ.*, I, n°382. « *Attendu que le don (...) n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci et assure l'irrévocabilité de la donation* ». Dans le même sens, Cass. Civ. 1^{re}, 8 mars 1978 : *Bull.civ.*, I, n°98.

²⁰¹ L'expression emprunté de F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, p.5.

²⁰²Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : *JCP G* 2000, 10296 ; *JCP E* 2000, 898, *concl.* Sainte-Rose et 1383, note Leveneur ; *CCC* 2000, 106, note Leveneur ; *D.* 2000, 482, note S. Piedelièvre ; *Defrénois* 2000, 720, *obs.* Aubert. Dans le même sens, Cass. Civ. 1^{re}, 27 novembre 2001 : *JCP* 2002, II, 10050, note S. Piedelièvre ; *D.* 2002, p. 119, note Y. Chartier ; *Defrénois* 2002, p. 259, *obs.* R. Libchaber.

²⁰³Cass. Civ. 1^{re}, 7 mars 2006 : *Bull.civ.*, I, n°138 ; *CCC* 2006, n°128, note Leveneur.

²⁰⁴ Selon l'article 2336 du Code Civil, « *le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la qualité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ».

²⁰⁵ L'art. 2337 du Code civil.

²⁰⁶ L. Aynes, « Le gage de meubles corporels », *RLDC*, 2006, p.175 juillet-août, supplément au n°29,

²⁰⁷ Ph. Stoffel-Munck, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », dossier *Dr. et Patr. Avr.* 2012, n° 213, p. 57.

32. L'évolution des débats doctrinaux suscités par la catégorie des contrats réels Il ne s'agit pas de reprendre ici toutes les controverses doctrinales qu'a suscitées la notion du contrat réel, qui fait déjà l'objet de très nombreuses études remarquables²⁰⁸. Si on reprend l'expression de Christophe Jamin, la « *thèse essentialiste* » a cédé le pas devant la « *thèse réaliste* »²⁰⁹, et la question fondamentale que l'on doit se poser est devenue purement pragmatique : « *Y-a-t-il, dit-on, quelque intérêt pratique à maintenir la notion de contrat réel aujourd'hui* »²¹⁰ ?

Dans un article devenu classique en la matière²¹¹, Monsieur Combescure a expliqué longuement les intérêts pratiques pour une suppression éventuelle de la notion du contrat réel. Cette attitude pragmatique est encore plus nette chez Jobarb-Bachellie, dont l'ambition est « *à travers une analyse de la jurisprudence, tenter de repérer les lieux de résistance du contrat réel à côté de ceux où il tend à disparaître* »²¹². L'auteur a cru trouvé une ligne de partage pertinente en la matière : la qualification de contrat réel demeure pertinente pour les contrats dans lesquels la remise emporte le transfert ou la constitution du droit réel, et elle a toutefois perdu son actualité dans des cas où la remise « *n'a d'autre fonction que de mettre la chose à la disposition d'autrui* »²¹³.

Le souci de protection joue un rôle essentiel dans cette évolution intellectuelle, et est devenu presque la seule justification véritable pour le maintien de la catégorie²¹⁴. Cette qualification est justifiée pour le don manuel, dans la mesure où la remise a pour effet de tirer attention du donateur sur un acte grave, rôle normalement dévolu à l'acte notarié par

²⁰⁸ N. Mouligner, « Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats », *RRJ*, 2004-4, p.2233 : « *Peu d'institutions ont donné lieu en droit français à une aussi profonde et durable controverse. En effet, les auteurs se sont divisés sur l'étendue et l'existence même de la catégorie des contrats réels* ». Pour avoir un tableau complet des débats pendant deux siècles, v. Ch. Jamin, « *Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels* », in *Mélanges J. Béguin*, 2005, p.381 s.

²⁰⁹ Ch. Jamin, *art. préc.*

²¹⁰ Marie-Noëlle Jobarb-Bachellie, « *Existe-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif* », *RTD.civ.*, 1985, n°1, p.3.

²¹¹ F. Combescure, « *Existe-t-il des contrats réelles en droit français ?* » *Rev.crit.lég.et jur.* 1903, 477 s.

²¹² Marie-Noëlle Jobarb-Bachellie, *art.préc.*, n° 2, p.3.

²¹³ Marie-Noëlle Jobarb-Bachellie, *art.préc.*, n°2, p.4

²¹⁴ V., N. Mouligner, *art. préc.* ; Ch. Jamin, *art. préc.*, n°29, p.409 : « *Désormais, l'objectif de protection des contractants est susceptible de déterminer la qualification de contrat réel : s'il est avéré que la remise ne protège pas le contractant ou que ce dernier n'a pas besoin d'être protégé, il n'y aura pas lieu de l'adopter* » ; M. Fabre-Magnan, *Les droit des obligations*, t.1; *préc.*, p.221 : « *L'idée est que, pour ces contrats, la prise de conscience de la gravité de l'engagement se fait symboliquement lorsque le propriétaire doit se déposséder de sa chose* ». G. Loiseau, « *Le contrat de don d'éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels* », *D.* 2014, 2252 s.

J. Ghestin a néanmoins donné une autre justification pour le maintien de la catégorie du contrat réel, qui est liée à une vision réaliste du contrat : « *À présent que le consensualisme est devenu le principe et que le formalisme évolue pour remplir de nouvelles fonctions, la position intermédiaire des contrats réels a perdu de son sens. Ces derniers n'en ont pas pour autant perdu toute utilité dans un univers contractuel de plus en plus sophistiqué. La catégorie des contrats réels traduit en effet, de la manière la plus élémentaire, simple et perceptible, l'importance du déplacement de valeur et exprime une conception moins intellectuelle, plus concrète et par là plus vraie des relations contractuelles* ». (Ghestin, *Traité de droit civil, op.cit.*, n°959, p.731).

l'article 931 du Code Civil²¹⁵. La tradition constitue ainsi une « *formalité de substitution* ». La même préoccupation peut être utilisée afin d'expliquer le revirement jurisprudentiel en matière du prêt professionnel, où le besoin de protection envers l'établissement du crédit fait largement défaut²¹⁶. Quant au contrat de gage, l'idée de protéger le constituant pourrait justifier le maintien du caractère réel du contrat²¹⁷. Mais un tel mérite est contrebalancé par de nombreux inconvénients économiques liés à cette remise effective de la chose. Le législateur a pu trouver un compromis plutôt satisfaisant entre les deux impératives concurrents : abandonner le caractère réel du gage, tout en assurant une protection du constituant par l'exigence d'un écrit *ad validitatem*²¹⁸.

Pour le contrat de dépôt, son caractère réel demeure très discuté²¹⁹, sans que la jurisprudence a bien tranché la question dans un sens ou dans l'autre. L'évolution jurisprudentielle en matière du prêt professionnel auraient avoir des incidences pour le dépôt²²⁰, et en particulier pour les dépôts salariés²²¹.

Après ce survol rapide sur l'évolution du contrat réel en droit français, le temps est venu pour examiner cette notion tel qu'elle existe en droit chinois.

B Le contrat réel en droit chinois

Le contrat réel en droit chinois présente deux différences majeures par rapport au celui du modèle français.

²¹⁵ V. par ex., Ph. Malaurie, *Les successions, Les libéralités*, 5^e éd., Defrénois, 2012, p.211 : « *La tradition est, selon l'analyse classique depuis Ripert, la solennité qui se substitue à l'exigence habituelle d'un acte notarié et est de nature à faire réfléchir les générosités irréfléchies, en attirant l'attention du donateur sur la gravité de son acte* ».

²¹⁶ V. Les conclusion de l'avocat général Sainte-Rose, *JCP G* 2000, II, 10296.

²¹⁷ V. dans ce sens, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés réelles, la publicité foncière*, 8^e éd., LGDJ, lextenso-édition, n°507 : « *Pour expliquer que la mise en possession du créancier soit une condition non seulement d'opposabilité aux tiers du gage, mais encore de validité, il fallait lui faire jouer un quatrième rôle : celui d'une protection du constituant, comme en matière de don manuel. La nécessité d'un dessaisissement actuel attire son attention sur la gravité de son acte. Elle est l'équivalent de la solennité de l'hypothèque conventionnelle* ».

²¹⁸ V. M. Grimaldi, « Observations générales de la réforme », in *Dr. et Patr.*, 2005, n°140, Dossier, Rapport « Grimaldi » : Pour une réforme globale des sûretés.

²¹⁹ Pour le caractère réel du contrat de dépôt : Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Defrénois, lextenso-édition, 2012, n°860, p.504. Pour ces auteurs, le contrat de dépôt est « *le plus réel des contrats réels* » ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebeque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n°797, p.765. Contre une telle qualification, J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n°33129. « *on ne peut pas soutenir, aujourd'hui, que la remise de la chose soit une condition de validité du contrat de dépôt. Le réalisme de l'opération, hérité du droit romain, s'est largement effacé* ».

²²⁰ En ce sens, D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n°423, p.377.

²²¹ Ph. Rémy, « Le dépôt est un contrat comme les autres (une relecture de Flexible droit) », *RDC* 2014/1, p.145 : « (...) dès lors que le dépositaire a, lui aussi, un intérêt au contrat, la perfection du dépôt ne peut dépendre d'un acte laissé à la discrétion de son cocontractant ».

33. La première différence : la liste des contrats réels La première différence est liée à la liste des contrats réels dans les deux pays. Trois contrats sont présentés en droit chinois comme doté d'un caractère réel : le dépôt²²², le gage²²³, ainsi que les arrhes²²⁴. En revanche, le contrat de prêt et la donation ne relève pas de cette catégorique.

Cependant, cette prétendue différence est en réalité moindre que l'on pouvait le croire au premier abord. S'agissant des prêts, si la remise effective des fonds n'est pas requise pour la perfection du contrat, L'article 201, alinéa 1 de la *Loi chinoise des contrats* (LCC) dispose néanmoins que « *lorsque le prêteur n'exécute pas son obligation de versement des fonds conformément aux prévisions des parties en ce qui concerne la date et le montant du prêt, celui-ci doit réparer les préjudices causés à l'emprunteur* ». Autrement dit, l'inexécution de l'obligation du prêteur ne donne lieu qu'à l'octroi des dommages-intérêts. Or, en droit français, si le prêt continue à revêtir un caractère réel lorsqu'il n'est pas consenti par un établissement de crédit, la promesse de prêt a néanmoins une force obligatoire²²⁵ : le prêteur est tenu de verser des dommages-intérêts en cas de refus²²⁶. Solution assez proche de celle adoptée en droit chinois.

Un pareil constat peut être fait à propos des donations. Le contraste apparent entre les deux systèmes est encore plus frappant en la matière, car le souci d'éviter les donations irréflechies se traduit, en droit chinois, par le principe de libre révocation des donations²²⁷. Le droit français consacre en revanche une solution exactement contraire, connue sous le nom de « *l'irrévocabilité spéciale des donations* »²²⁸, qui est déduite de l'adage ancien « *donner et retenir ne vaut* »²²⁹. Mais cette opposition radicale est largement tempérée par les deux exceptions résultant du deuxième alinéa de l'article 186 de la *LCC* : la donation est irrévocable, soit parce qu'elle présente un caractère d'intérêt social²³⁰ ou un caractère moral²³¹, soit parce qu'elle est constatée

²²² L'article 367 de la Loi Chinoise des Contrats (1999).

²²³ L'article 64 de la LCS ; L'article 212 de la Loi Chinoise des Droits réels (2007).

²²⁴ L'article 90 de la LCS.

²²⁵ C'est en effet une différence majeure avec le droit romain, pour lequel la promesse de contrat réel est dépourvu de toute force obligatoire.

²²⁶ Cass. Civ 1^{re}, 20 juill. 1981, *Bull. civ.* I, n° 267, Défrénois 1982. 1085, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1982. 427, obs. Ph. Rémy.

²²⁷ Selon L'article 186 de la *LCC*, le donateur peut révoquer librement la donation avant le transfert de propriété. (En droit chinois, ce transfert de propriété a lieu au moment de la livraison de la chose).

²²⁸ Ce principe a fait l'objet d'un controverse doctrinal à l'heure actuelle. V., W. Dross, « *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ?* », *RTD.civ.* 2011. 25 ; H. Lécuyer, « *L'irrévocabilité spéciale des donations* », in *Mélanges P. Catala*, 2001, p.405 ; T. Génicon, « *De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit* », *Mélanges G. Champenois*, 2012, p.303 s.

²²⁹ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, n°101.

²³⁰ C'est le cas où la donation est intervenue dans un contexte de catastrophe, ou encore lorsqu'elle est visée à aider la lutte contre la pauvreté.

²³¹ Une notion floue et difficile à saisir avec précision, ce qui donne au juge un certain pouvoir d'appréciation.

par un acte notarié. Dans ces hypothèses, le législateur chinois considère que le risque des actes irréflechis n'existe pas. Ce faisant, les deux solutions produisent des effets similaires en pratique : du côté chinois, la donation est un contrat consensuel qui se forme par le seul échange des consentements, mais cette convention est assortie, à quelques exceptions près, d'un principe de libre révocabilité au profit du donateur ; du côté français, la donation est soit un contrat solennel, soit un contrat réel s'agissant du don manuel.

Si cette première différence est plus qu'apparente, il n'en va pas de même pour la seconde liée à la définition même du contrat réel.

34. La seconde différence : hétérogénéité dans la définition du contrat réel

L'hétérogénéité de la catégorie du contrat réel est un phénomène commun pour les deux systèmes²³². Ce qui est propre au droit chinois, c'est le fait que la notion même du contrat réel ne présente pas une unité conceptuelle.

Pour le dépôt, la remise est une condition nécessaire pour la conclusion du contrat. Or pour le gage ou les arrhes, la tradition est exigée pour la prise d'effet de l'acte. En effet, le droit chinois fait une distinction entre la conclusion du contrat et la prise d'effet de celui-ci, qui s'est traduit directement par le plan de la *LCDC*²³³. La distinction capitale en droit français des contrats, à savoir la formation – l'exécution, est absente dans le contexte chinois²³⁴. Le contrat est d'abord traité sous un angle empirique (la conclusion) avant de passer à une appréciation juridique (les effets), et la remise intéresse tantôt le premier stade de raisonnement, tantôt le seconde.

En droit français, la volonté des parties ne peut pas écarter le caractère réel du contrat. Or tel n'est pas le cas pour tout contrat réel en droit chinois. En effet, l'article 367 de la *LCC* donne expressément aux parties le pouvoir de faire le dépôt un contrat consensuel. Une même faculté est néanmoins absente concernant les deux autres contrats réels, à savoir le gage et les arrhes.

²³² J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t.1 : *Le contrat – le consentement*, *op.cit.*, n°952, p.723 : « *Passé l'élément codant des contrats réels que constitue la mise à disposition de la chose, il n'y a pas, à bien y regarder, d'autres propriétés qui leur soient communes* ».

²³³ Le Chapitre II de la *LCC* est intitulé « *la conclusion du contrat* », traitant principalement le processus de la conclusion du contrat (offre, acceptation, formalité, etc.). Le Chapitre III est intitulé « *les effets du contrats* », qui ne doit pas être compris au sens français du terme. Il s'agit de décider si un contrat conclu produit ou non ses effets juridiques. Sont traitées ici des questions comme les causes de nullité, les modalités de l'obligation (condition, terme), etc.

²³⁴ Cette différence a des incidences importantes dans la pratique, et nous aurons l'occasion de revenir en plus de détail sur cette question lorsqu'il s'agit de traiter la fonction libératoire des arrhes.

Enfin, l'exigence de tradition peut se cumuler avec l'exigence d'un écrit, comme c'est le cas pour le gage²³⁵ et les arrhes²³⁶. Ce n'est pourtant pas le cas pour le dépôt, où l'écrit n'est pas exigé dans la loi.

En définitive, il serait difficile de donner une définition unitaire du contrat réel en droit chinois. Il n'y a pas un, mais des contrats réels.

§2 Les effets juridiques de la qualification du contrat réel pour la convention d'arrhes : le cas du droit chinois

35. Deux questions à traiter Les développements qui suivent portent exclusivement sur le droit chinois, dans la mesure où le droit français donne très peu d'importance pratique au caractère réel des arrhes.

Pour ce faire, nous proposons de raisonner en deux temps : l'effet de la remise (A) ainsi que l'effet de la promesse du contrat d'arrhes (B).

A L'effet de la remise d'arrhes

36. La remise effective conditionne la prise d'effet des arrhes (1). Mais comme on l'a vu, les arrhes sont en même temps un contrat formel, qui exige aussi la rédaction d'un écrit. Il faut dès lors s'interroger sur le rôle de l'écrit en la matière (2).

1. La remise effective conditionne la prise d'effet de la convention d'arrhes

²³⁵ L'article 210 de la LCDR : « *La constitution du droit de gage suppose que les parties établissent par écrit un contrat de gage* » ; L'article 64 de la LCS.

²³⁶ L'article 90 de la LCS.

37. Affirmation du principe Le principe est énoncé par l'article 90 de la *LCS* : « (...) *Le contrat d'arrhes prend effet à compter de la remise effective de la somme* ». La position des juges chinois est ferme sur ce point : faute de constater une remise effective, le jeu des arrhes ne peut pas être mis en œuvre²³⁷.

Il faut noter que la remise des arrhes n'a pas d'incidence sur la perfection du contrat principal auquel la clause d'arrhes est assortie²³⁸. Cela n'est qu'une conséquence logique du caractère accessoire de ladite convention.

38. Une remise différente de celle initialement prévue entraîne la modification du contrat d'arrhes Une règle émanant de la Cour Populaire Suprême vient de renforcer encore le rôle de la remise. Selon l'article 119 de l'Interprétation judiciaire de la *CPS* concernant l'application de la Loi Chinoise des Sûretés²³⁹ (Interprétation judiciaire sur la *LCS*), « *quand le montant des arrhes effectivement versé ne correspond pas à celui prévu par les parties, le contrat d'arrhes est censé d'être modifié, à moins que celui qui le reçoit ne le conteste et ne refuse de l'accepter. Dans ce dernier cas, la convention d'arrhes ne produit pas ses effets convenus* ». Ainsi, si le débiteur ne verse que 100 euros à titre d'arrhes alors que le contrat a prévu un montant supérieur, le contrat initial est considéré comme été modifié à la suite de cette remise, et le jeu des arrhes ne joue qu'à hauteur de 100 euros. La jurisprudence est constante sur ce point²⁴⁰. La solution est d'ailleurs étendue au cas de paiement tardif des arrhes²⁴¹.

²³⁷ Tribunal de base de Qingpu, Shanghai, 31 mai 2013, CLI.C.1993470; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 mars 2013, CLI.C.2006835; Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 25 janvier 2013, CLI.C.1349759; Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 19 avril 2012, CLI.C.1030628; Tribunal de base de Jing'an, Shanghai, 23 septembre 2009, référence : CLI.C.584142; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 13 août 2009, référence : CLI.C.316460; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 4 novembre 2008, référence : CLI.C.467788; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 18 juillet 2008, référence : CLI.C.490954; Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 31 mars 2008, référence : CLI.C.1677254; Tribunal de base de Jianye, Jiangsu, 2 août 2007, référence : CLI.C.93053; Troisième tribunal intermédiaire de Chongqing, 26 juin 2006, référence : CLI.C.74213; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 15 février 2006, référence : CLI.C.107966; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 24 juillet 2003, référence : CLI.C.49209; Premier tribunal de Pékin, 20 décembre 2000, référence : CLI.C.14867; Tribunal de base de Jiading, Shanghai, 25 mars 2014, référence : CLI.C.2672558;

²³⁸ Tribunal de base de Shangcheng, Zhejiang, 10 septembre 2010, référence : CLI.C.412873; Tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong, 13 janvier 2014, référence : CLI.C.2281901

²³⁹ Fashi [2000] n°44.

²⁴⁰ Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 22 août 2011, CLI.C.808046; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 1 novembre 2010, CLI.C.355601; Tribunal de base de Jing'an, Shanghai, 6 janvier 2010, référence : CLI.C.536956; Deuxième Tribunal de Shanghai, 19 novembre 2009, référence : CLI.C.472192; Tribunal de base de Yuecheng, Zhejiang, 28 septembre 2009, référence : CLI.C.1591202; Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 13 août 2009, référence : CLI.C.531154; Tribunal de base de Hai'an, Jiangsu, 19 décembre 2013, référence : CLI.C.2214566; Tribunal intermédiaire de An'Yang, Henan, 31 octobre 2013, référence : CLI.C.2195237; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 12 juin 2014, référence : CLI.C.2966730.

²⁴¹ Tribunal intermédiaire de Shenzhen, 29 novembre 2010, CLI.C.851434.

39. La preuve de la remise effective des arrhes Vu l'importance de la tradition réelle des arrhes, la preuve de la remise devient une question capitale dans la pratique. Mais cette tâche n'est pas toujours aisée. Car il ne suffit pas de constater le versement d'une somme d'argent, encore faut-il que cette somme soit des arrhes, ce qui n'est pas toujours le cas. Le doute est permis lorsqu'il existe une discordance de qualification entre la prévision du contrat et la facture ou autres documents justificatifs donné au moment de cette remise. L'examen des décisions judiciaires sur cette question nous donne l'impression d'un certain désordre. La qualification retenue par le contrat principal l'emporte dans certaines hypothèses²⁴², et la mention différente figurant dans le facture est rejetée soit comme étant une modification unilatérale émanant d'une seule partie donc inefficace²⁴³, soit comme une simple erreur matérielle²⁴⁴. Dans d'autres hypothèses en revanche, c'est la qualification contenue dans la facture que retient les magistrats²⁴⁵. C'est ainsi que la seconde désignation est parfois vue comme un accord, fût-il implicite, des parties pour modifier la qualification auparavant convenue²⁴⁶.

À travers ces décisions contradictoires, on peut néanmoins identifier quelques indices pris en compte par les juges dans leur appréciation. Parfois, c'est le montant de la somme versée par les parties qui dicte la solution²⁴⁷. Parfois encore, c'est l'ordre

²⁴² Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 24 mai 2013, référence : CLI.C.2093591 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 2 novembre 2012, référence : CLI.C.1957205 ; Tribunal de base de Luanzhou, Henan, 2 mars 2010, référence : CLI.C.757514 ; Tribunal de base de Longchuan, Guangdong, 4 juillet 2014, référence : CLI.C.3330295 ; Tribunal intermédiaire de Shanxi, Xi'an, 15 mai 2014, référence : CLI.C.3103046

²⁴³ Tribunal de base de Changshou, Chongqing, 17 décembre 2012, référence : CLI.C.1437122 ; Tribunal intermédiaire de Chenzhou, Hunan, 12 décembre 2012, référence : CLI.C.1852038 ; Tribunal de base de Hongkou, Shanghai, 2 août 2012, référence : CLI.C.1364568 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 31 mai 2012, référence : CLI.C.987079 ; Tribunal de base de Lengshuitan, Hunan, 3 février 2012, référence : CLI.C.1255276 ; Tribunal de base de Fengxian, Shanghai, 19 août 2010, référence : CLI.C.565924 ; Tribunal de base de Shangcheng, Zhejiang, 19 décembre 2009, référence : CLI.C.471325 ; Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 16 juillet 2009, référence : CLI.C.204170.

²⁴⁴ Tribunal de base de Linyin, Henan, 9 décembre 2009, référence : CLI.C.229135 ; Tribunal de base de Changning, Shanghai, 16 octobre 2009, référence : CLI.C.543584.

²⁴⁵ Tribunal de base de Qingpu, Shanghai, 29 novembre 2012, référence : CLI.C.1347767 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 15 juin 2012, référence : CLI.C.1182805 ; Tribunal de base de Jianggan, Zhejiang, 25 juin 2010, référence : CLI.C.332238 ; Tribunal intermédiaire de Qiqihaer, Heilongjiang, 13 avril 2010, référence : CLI.C.252578 ; Tribunal de base de Ganjingzi, Liaoning, 11 février 2014, référence : CLI.C.2665432 ;

²⁴⁶ Tribunal de base de Jinzhou, Zhejiang, 13 avril 2010 ; Tribunal de base de Longhui, Hunan, 18 août 2009, référence : CLI.C.1317149. L'acceptation d'une telle modification peut résulter d'une simple absence de contestation. V. Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 6 juillet 2010, référence : CLI.C.296214. Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 26 avril 2010, référence : CLI.C.303594 ; Tribunal de base de Qingcheng, Guangdong, 17 janvier 2014, référence : CLI.C.2744204 ; Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 13 juillet 2014, référence : CLI.C.2946696 ; Tribunal intermédiaire de Zhongshan, Guangdong, 9 avril 2014, référence : CLI.C.3117780

²⁴⁷ Lorsque le montant versé correspond exactement à celui prévu pour les arrhes, le juge retient le plus souvent la qualification d'arrhes. Lorsque ce montant diffère à celui prévu pour les arrhes, c'est la qualification d'acompte qui sera plus souvent préférée, en l'absence de tout autre indice. Tribunal de base de Deqing, Zhejiang, 30 juillet 2012, référence : CLI.C.1827402 ; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 21 août 2009, référence : CLI.C.587406. V. Tribunal de base de Changning, Shanghai, 1 novembre 2012, référence : CLI.C.1957205 ; Tribunal supérieur de Zhejiang, 16 avril 2014, référence : CLI.C. ; Tribunal supérieur de Zhejiang, 16 avril 2014, référence : CLI.C.2946696 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 20 avril 2012, référence : CLI.C.990179.

de paiement prévu dans le contrat qui détermine la nature juridique de la somme²⁴⁸. Le mode de conclusion du contrat joue aussi un rôle : la clause négociée l'emporte le plus souvent sur celle pré-rédigée²⁴⁹.

2. Le rôle de l'écrit dans la formation de la convention d'arrhes

40. Absence d'effet direct sur la perfection de la convention d'arrhes

Contrairement à ce qu'on pourrait croire à la seule lecture de l'article 90 de la *LCS*²⁵⁰, l'écrit n'a pas d'effet direct sur la perfection de la convention d'arrhes. D'une part, le simple écrit constatant l'existence des arrhes n'est efficace que s'il est accompagné d'une remise. D'autre part, si les arrhes sont versées en l'absence de tout écrit, la jurisprudence dominante n'hésite pas à faire produire les effets juridiques de la convention²⁵¹, même si certaines décisions isolées prononcent la solution contraire²⁵².

41. Attitude générale du droit chinois sur l'exigence de l'écrit : l'article 36 de la *LCC*

Cette solution surprenante pour un observateur occidental trouve son explication dans l'attitude générale du droit chinois envers l'exigence de l'écrit *ad validitatetem*. Animé toujours par un pragmatisme, le droit chinois ne veut pas qu'un défaut de formalité prive effet d'un contrat exécuté. La nette préférence pour la justice matérielle par rapport à la justice procédurale, voilà sans doute un trait caractéristique du droit chinois.

L'article 36 de la *LCC* en est une parfaite illustration. Selon ce texte, « *si les parties n'ont pas établi le contrat sous forme écrite tel que le requièrent la loi ou les règlements administratifs ou tel qu'il en a été convenu par les parties, mais que l'une des parties a déjà exécuté ses obligations principales et que l'autre parties les a acceptées, le contrat est considéré comme conclu* »²⁵³. Autrement dit, même si l'écrit est requis pour la formation

²⁴⁸ Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 30 mars 2010, référence : CLI.C.582865. Selon le contrat, le versement des arrhes précède celui des acomptes.

²⁴⁹ Tribunal de base de Xihu, Hubei, 28 avril 2014, référence : CLI.C.3035841.

²⁵⁰ « *Les arrhes doivent être stipulées dans un écrit. (...)* »

²⁵¹ Tribunal de base de Wenxian, Zhejiang, 7 décembre 2009, référence : CLI.C.248174; Tribunal de base de Tanghe, Henan, 30 octobre 2009; Tribunal de base de Shaoxing, Zhejiang, 25 août 2008, référence : CLI.C.1720467; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 25 octobre 2002, référence : CLI.C.154571; Tribunal intermédiaire de Benxi, Liaoning, 17 janvier 2014, référence : CLI.C.2303564.

²⁵² Tribunal de base de Xuhui, Shanghai, 2 novembre 2012, référence : CLI.C.1406266; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 4 mars 2014, référence : CLI.C.2723996; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 17 janvier 2014, référence : CLI.C.2464037.

²⁵³ La traduction de ce texte est emprunté de la version proposée par Mme M. Pei-Heng CHANG dans sa thèse *La résolution du contrat pour inexécution, Etude comparative du droit français et du droit chinois*, PUAM, 2005, p.295.

du contrat, le non respect de la formalité n'a pas toujours pour conséquence la nullité. Le contrat devient parfait dès lors qu'il est largement exécuté. Cette prise de position législative n'est d'ailleurs pas démentie par la jurisprudence, qui en fait une application dans divers contrats où l'écrit est exigé par la loi : contrat de construction²⁵⁴, le gage²⁵⁵, la cession du droit d'auteur²⁵⁶, le contrat de travail²⁵⁷, le contrat d'assurance²⁵⁸, ou le prêt d'argent²⁵⁹. Mais c'est en matière de vente immobilière que le contentieux est le plus fourni²⁶⁰. On comprend dès lors que l'absence d'un écrit n'a pas d'incidence directe sur la validité de la convention d'arrhes.

42. L'écrit joue néanmoins une fonction probatoire très importante Il faut néanmoins nuancer le propos, car s'il est vrai que l'écrit n'a pas d'incidence sur plan de la validité du contrat, sa fonction probatoire est loin d'être négligeable. Ceci est particulièrement vrai pour le contrat d'arrhes, puisque la matière est gouvernée par une interprétation stricte compte tenu de la gravité de l'acte²⁶¹. Il appartient à celui qui entend mettre en œuvre le jeu des arrhes d'en prouver l'existence, mais cette tâche devient, sinon impossible, du moins extrême difficile, en l'absence d'un contrat écrit²⁶². D'où l'intérêt évident pour les parties d'inclure dans leur contrat une stipulation d'arrhes. En pratique, le contrat oral d'arrhes se rencontre rarement, ce dont témoigne l'importance cruciale de l'écrit en la matière.

Reste à savoir quelle est la force obligatoire de la promesse du contrat d'arrhes.

²⁵⁴ Tribunal de base de Quanjiao, An'hui, 27 janvier 2014, référence : CLI.C.2297802 ; Tribunal de base de Huaiyin, Shandong, 8 octobre 2013, référence : CLI.C. 2412389 ; Tribunal intermédiaire de Xuchang, Henan, 27 mai 2013, référence : CLI.C.2015104 ; CPS, 25 avril 2013, référence : CLI.C.2227412 ; Tribunal de base de Yuzhou, Henan, 1 avril 2013, référence : CLI.C. 2243393 ; Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 19 juillet 2010, référence : CLI.C.319203 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 6 juin 2005, référence : CLI.C.118542.

²⁵⁵ Tribunal de base de Wenxian, Henan, 22 août 2013, référence : CLI.C.1955624 ; Tribunal intermédiaire de Yueyang, Hunan, 27 août 2012, CLI.C.1169268 ; Tribunal intermédiaire de Yongzhou, Hunan, 1 octobre 2010, référence : CLI.C.1278403.

²⁵⁶ Tribunal supérieur de Hebei, 14 octobre 2010, référence : CLI.C.347252 ; Tribunal supérieur de Hainan, 1^{er} août 2008, référence : CLI.C.82128 ; Tribunal intermédiaire de Foshan, Guangdong, 30 mai 2006, référence : CLI.C.50683.

²⁵⁷ Tribunal intermédiaire de Tianshui, Gansu, 26 mai 2011, référence : CLI.C.308903.

²⁵⁸ Tribunal intermédiaire de Pingdingshan, Henan, 20 janvier 2009, référence : CLI.C.286521.

²⁵⁹ CPS, 31 juillet 2013, référence : CLI.C.1793875 ; Tribunal supérieur de Shanghai, 13 juin 2005, référence : CLI.C.77951.

²⁶⁰ Tribunal supérieur de Hubei, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2117895 ; Tribunal de base de Beiguan, Henan, 4 octobre 2013, référence : CLI.C. 2167304 ; Tribunal intermédiaire de Changde, Hunan, 22 juillet 2013, référence : CLI.C.1503656 ; Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 13 mai 2013, référence : CLI.C.1434280 ; Tribunal de base de Xiangshan, Guangxi, 7 novembre 2012, référence : CLI.C.1187153 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 2 août 2012, référence : CLI.C.1862384 ; Tribunal supérieur de Henan, 28 avril 2012, référence : CLI.C.1135103 ; Premier tribunal intermédiaire de Hainan, 2 août 2011, référence : CLI.C.834284 ; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 26 mai 2011, référence : CLI.C. 671259 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 10 septembre 2010, référence : CLI.C. 439680 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 22 juin 2009, référence : CLI.C.324308.

²⁶¹ On détaillera cette interprétation stricte plus loin dans cet ouvrage.

²⁶² Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 18 septembre 2012, référence : CLI.C.1376628 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 6 juillet 2012, référence : CLI.C.978296 ; Tribunal de base de Zhongyuan, Henan, 19 avril 2012, référence : CLI.C.102785 ; Tribunal de base de Changning, Shanghai, référence : CLI.C.1957205 ; Tribunal de base de Wuxuan, Guangxi, 16 août 2012, référence : CLI.C.1196216.

B La valeur juridique de la promesse d'arrhes

43. Indifférence doctrinale sur la question La question de la valeur des promesses du contrat réel occupe une place importante dans le débat doctrinal français²⁶³. Par contre, la doctrine chinoise se montre indifférente à la question, à tel point que l'on ne trouve pas, à l'état actuel, des développements spécifiques consacrés à ce sujet. Tous les auteurs se contentent de décrire la conséquence immédiate en cas d'absence de remise : le contrat d'arrhes ne prend pas d'effet. La question demeure entière s'agissant des effets éventuels que peut produire la promesse d'arrhes. Est-elle dotée d'une force obligatoire dont la violation donne lieu à des sanctions contractuelles ?

44. Un premier courant jurisprudentiel : Absence totale de la force obligatoire pour la promesse L'examen des décisions judiciaires en la matière nous donne une image beaucoup plus compliquée. Selon le premier courant jurisprudentiel, dominant sur le plan quantitatif, l'inexécution de la promesse n'est pas un manquement contractuel²⁶⁴. Cette position est d'ailleurs conforme à l'article 119 de l'Interprétation judiciaire sur la LCS que l'on a cité plus haut. Une remise non conforme à la prévision contractuelle n'est pas constitutive d'un manquement, mais est interprétée comme une modification du contrat initial. Deux arguments sont couramment avancés par les juges pour justifier une telle prise de position. Le premier tient au caractère réel de la convention²⁶⁵. Le second résulte du caractère accessoire du contrat d'arrhes : l'inexécution du contrat accessoire n'emporte pas celle

²⁶³ V. par ex., M.-N. Jobard-Bachelier, art.préc.,n°5, p.6 :«*Tester la valeur des promesses de contrat réel en droit positif est désormais devenu indispensable pour pouvoir répondre utilement à la question de la survivance d'une notion de contrat réel en droit français* ».

²⁶⁴ Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 20 octobre 2012, référence : CLI.C.2095663; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 10 octobre 2012, référence : CLI.C.1376395; Tribunal intermédiaire de Jiaying, 3 août 2011, référence : CLI. C.386939; Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 29 octobre 2010, référence : CLI.C.851434; Tribunal maritime de Guangzhou, 13 décembre 2010, référence : CLI.C.1434672; Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 26 mars 2010, référence : CLI.C.385010; Tribunal intermédiaire de Quzhou, Zhejiang, 12 juin 2008, référence : CLI.C.1671116; Premier tribunal intermédiaire Shanghai, 5 août 2002, référence : CLI.C.57947; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 19 mai 2010, référence : CLI.C.583236; Tribunal de base de Jing'an, Shanghai, 6 janvier 2010, référence : CLI.C.536956; Tribunal de base de Tanghe, Henan, 6 avril 2011, référence : CLI.C.638342; Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 29 octobre 2010, référence : CLI.C.851434; Tribunal de base de Hai'an, Jiangsu, 19 décembre 2013, référence : CLI.C.2214566; Tribunal intermédiaire de An'yang, 31 octobre 2013, référence : CLI.C.2195237.

²⁶⁵ Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 20 août 2010, référence : CLI.C.385050; Tribunal de base de Furong, Hunan, 25 avril 2012, référence : CLI.C.890384; Tribunal intermédiaire de Luohe, Henan, 25 février 2014, référence : CLI.C. 2648730.

du contrat principal²⁶⁶. Mais ces deux justifications sont en effet très fragiles. Ce n'est pas parce que le contrat d'arrhes est un contrat réel que la promesse de celui-ci est nécessairement dépourvu de force obligatoire²⁶⁷. En outre, la remise d'arrhes ayant fait l'objet d'une clause figurée dans le contrat principal, ne peut-on voir dans l'absence de remise un manquement contractuel?

45. Un deuxième courant jurisprudentiel : L'inexécution de la promesse sera sanctionnée Certains arrêts prennent le contre-pied de la solution ci-dessus présentée, en sanctionnent l'absence de la remise d'arrhes sur le terrain de responsabilité contractuelle²⁶⁸. Selon un arrêt, le préjudice subi par le créancier consiste à la perte de chance de faire jouer le jeu des arrhes²⁶⁹. Dans une autre affaire²⁷⁰, les juges raisonnent sur le double caractère des arrhes-exécution : une garantie, mais en même temps une partie du prix convenu. Par conséquent, le refus de versement d'arrhes est aussi une violation à l'obligation principale de payer le prix, ce qui permet à l'autre partie de résoudre le contrat et de demander les dommages-intérêts.

Certains arrêts sont allés encore plus loin en sanctionnant la remise tardive des arrhes²⁷¹. Dans une décision rendue par le tribunal intermédiaire de Huzhou²⁷², la Cour a énoncé que « *si le contrat d'arrhes prend effet au jour de la remise effective de la somme, la date de remise est, quant à elle, fixée par le contrat, de sorte que le retard dans cette remise est constitutif d'un manquement contractuel* ».

46. Un courant intermédiaire : L'inexécution de la promesse fait jouer l'exception d'inexécution Entre ces deux solutions extrêmes, il existe en réalité une voie intermédiaire, qui essaie de concilier la force obligatoire de la promesse et le caractère accessoire de la convention. D'après cette opinion, l'inexécution de la convention d'arrhes n'est pas en soi un manquement contractuel ouvrant droit aux dommages-intérêts. Son cocontractant peut néanmoins faire jouer le mécanisme de

²⁶⁶ Tribunal de Minghang, Shanghai, 20 août 2012, référence : CLI.C.1375156; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Zhejiang, 22 avril 2011, référence : CLI.C.1512984;

²⁶⁷ L'expérience du droit français des contrats réels en fournit un bel exemple.

²⁶⁸ Tribunal de base de Minghang, Shanghai, 31 janvier 2011, référence : CLI.C.592227; Tribunal supérieur de Henan, 2 novembre 2008, référence : CLI.C.145480; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 24 mars 2014, référence : CLI.C.2575564.

²⁶⁹ Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 12 octobre 2010, référence : CLI.C.681820. Il est intéressant de noter que le montant des dommages-intérêt est égal à celui des arrhes prévu dans le contrat! La solution est sans doute contestable.

²⁷⁰ Tribunal de base de Minghang, Shanghai, 21 septembre 2010, référence : CLI.C.602968.

²⁷¹ Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 20 mars 2013, référence : CLI.C.1344583; Tribunal de base de Xihu, Guangdong, référence : CLI.C.883758; Tribunal de base de Luohu, Guangdong, référence : CLI.C.883758;

²⁷² Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 20 mars 2013, référence : CLI.C.1344583.

l'exception d'inexécution²⁷³ : le cocontractant peut retenir sa propre prestation tant qu'il n'a pas reçu les arrhes prévues²⁷⁴, car, comme l'a très justement montré une décision, « *le non versement d'arrhes a une incidence sur l'exécution du contrat principal* »²⁷⁵. En revanche, s'il a choisi de continuer à exécuter le contrat, il ne peut plus engager la responsabilité de l'autre partie pour la même cause²⁷⁶. C'est sans doute cette solution intermédiaire qui est préférable. Mais à l'état actuel des choses, il faut constater une incohérence sur le plan pratique.

Section II Le mécanisme de perte ou de double restitution

47. Plan Quelle que soit la fonction remplie, les arrhes sont susceptibles d'être perdues par celui qui les a versées, ou en revanche d'être remboursées au double par la partie qui les a reçues. Seules les conditions de son déclenchement diffèrent selon les différentes fonctions en cause. Ce dernier point fera l'objet d'un traitement ultérieur²⁷⁷. Intéressons-nous pour l'instant à ce « *tronc commun* » qu'est le mécanisme de perte ou de double restitution.

Si le jeu des arrhes ne présente pas beaucoup d'importance en droit français, tel n'est pas le cas pour le droit chinois : c'est lui qui permet aux arrhes d'avoir la qualification de « *sûreté* », à l'instar des sûretés réelles et personnelles (§1). À ce titre, il est intéressant de faire la comparaison avec le droit français, qui adopte une attitude très différente sur la sûreté de somme d'argent (§2). Cette comparaison est riche d'enseignement. L'insécurité juridique peut provenir aussi bien d'une lacune des règles applicables, que d'un régime juridique trop sophistiqué.

²⁷³ En droit chinois, l'exception d'inexécution est prévue dans l'article 66 de la LCC.

²⁷⁴ Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, référence : CLI.C.456421; Tribunal de base de Yuecheng, Zhejiang, 28 septembre 2009, référence : CLI.C.1591202;

²⁷⁵ Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 25 décembre 2002, référence : CLI.C.53351.

²⁷⁶ Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 mars 2013, référence : CLI.C.2006835; Tribunal de base de Yuecheng, Zhejiang, 8 septembre 2009, référence : CLI.C.1591202; Tribunal de base de Yuyao, Zhejiang, 27 novembre 2008, référence : CLI.C.1643821.

²⁷⁷ V. *infra.*, n°210.

§1 Le cas chinois : le jeu des arrhes conçu comme une technique de « sûreté »

48. Plan La LCS a regroupé toute sûreté dans trois catégories distinctes : à l'instar de la distinction binaire des sûretés réelles et personnelles, on trouve aussi la convention d'arrhes. Or, cette qualification de sûreté n'est fondée ni sur la spécificité de son objet (A), ni sur la particularité de la technique empruntée (B).

A La qualification de « sûreté » pour les arrhes et la spécificité de l'objet de la garantie

49. Les arrhes sont parfois présentées comme une sûreté sur somme d'argent
On peut penser que le traitement réservé aux arrhes tient à l'objet de cette sûreté. C'est d'ailleurs l'opinion défendue par la doctrine chinoise, qui n'hésite pas à désigner les arrhes sous le nom de « *sûreté sur l'argent* »²⁷⁸. Ainsi, selon Monsieur Guo Mingrui, l'un des spécialistes en la matière, « *les arrhes ne constituent évidemment pas une sûreté personnelle, puisque l'effet de garantie n'est pas assurée par le patrimoine d'une tierce personne ; elles ne peuvent non plus être vues comme une sûreté réelle, dans la mesure où cette dernière porte le plus souvent sur des corps certains* »²⁷⁹. C'est donc la spécificité de l'objet qui permet aux arrhes de devenir la troisième catégorie de sûreté. Mais une telle présentation soulève immédiatement deux objections.

50. Les arrhes peuvent porter sur une chose autre que somme d'argent La première objection tient au fait que les arrhes peuvent, selon une doctrine majoritaire²⁸⁰, porter sur une chose autre que la somme d'argent. Une divergence existe parmi les auteurs. Si pour certains, toute chose peut faire l'objet d'une

²⁷⁸ Guo Mingrui, *Traité sur le droit des sûretés*, novembre 2008, p.13 et s.

²⁷⁹ Guo Mingrui, *op. cit.*, p. 246.

²⁸⁰ Pour une opinion dissidente, v. Cai Yongmin, *Le droit des sûretés comparé*, p.337.

convention d'arrhes²⁸¹, d'autres estiment préférable de cantonner son domaine aux seules choses fongibles²⁸². Quoi qu'il en soit, la qualification ne peut plus fondée sur l'objet de la « *sûreté* » si les arrhes peuvent porter sur une autre chose corporelle que la somme d'argent.

51. Les arrhes ne sont qu'une variété de sûreté sur somme d'argent en droit chinois La seconde objection est sans doute plus déterminante. C'est qu'en droit chinois, les arrhes ne sont qu'une variété possible de sûreté sur somme d'argent²⁸³, cette dernière peut être constituée par d'autres moyens. Guo Mingrui, après avoir expliqué le bien-fondé de la triple division des sûretés, a tout de suite nuancé ses propos dans le même paragraphe : « *l'argent est aussi une chose corporelle. Par conséquent, la sûreté de somme d'argent est fondamentalement aussi une sûreté réelle* »²⁸⁴.

En réalité, le droit chinois admet que le gage peut constituer sur une somme d'argent. Cette faculté est prévue par l'article 85 de l'Interprétation judiciaire sur la LCS. Deux conditions sont exigées pour que le gage ainsi constitué soit efficace : l'individualisation et la dépossession.

La somme en question doit être individualisée. Cela se réalise dans la plupart des cas par la remise du fonds dans un compte spécial destiné à le recevoir²⁸⁵. Certains arrêts se montrent très exigeants et considèrent que la spécialisation du fonds doit permettre aux tiers de connaître sa destination de garantie, à défaut de quoi cette sûreté leur est inopposable²⁸⁶. Ensuite, le gage-espèces emporte la dépossession du fonds pour le constituant. Cela est lié au caractère réel du contrat de gage en droit chinois. Une divergence existe néanmoins au sein des tribunaux. Certains arrêts

²⁸¹ Zeng Longxing, *Traité général du droit des obligations*, Taibei, 1991, pp. 450-451.

²⁸² Sun Senmiao, *Traité général du droit des obligations*, Seconde partie, p.591 ; Wang Liming, *Traité sur la responsabilité pour l'inexécution*, *op. cit.*, p.592.

²⁸³ Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 2 juillet 2014, référence : CLI.C.3223408 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 24 avril 2014, référence : CLI.C.2924641 ; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 21 août 2013, référence : CLI.C.2186584 ; Tribunal de base de Zhabei, Shanghai, 21 mars 2012, référence : CLI.C.1405127 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Chongqing, 21 octobre 2010, référence : CLI.C.315691 ; Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 28 septembre 2010, référence : CLI.C.576481 ; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 2 avril 2010, référence : CLI.C.288424.

²⁸⁴ Guo Mingrui, *op. cit.*, p.246.

²⁸⁵ Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 2 mai 2013, référence : CLI.C.1763716 ; Tribunal intermédiaire de Luoyang, Henan, 27 novembre 2012, référence : CLI.C.1465425 ; Tribunal intermédiaire de Zhangjiajie, Hunan, 4 mai 2012, référence : CLI.C.1230606 ; Tribunal de base de Yuecheng, Zhejiang, 23 août 2010, référence : CLI.C.1536476 ; Tribunal supérieur de Henan, 9 août 2004, référence : CLI.C.12752 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Pékin, 20 décembre 2004, référence : CLI.C.24376 ; CPS, référence : CLI.C.367073 ; Tribunal de base de Qinhuai, Jiangsu, 9 décembre 2013, référence : CLI.C.2214263 ; Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 25 novembre 2013, référence : CLI.C.1797910 ; CPS, référence : CLI.C.367073 ; Tribunal de base de Lishui, Jiangsu, 14 août 2014, référence : CLI.C.3315466.

²⁸⁶ Tribunal intermédiaire de Fuzhou, Fujian, 13 janvier 2014, référence : CLI.C.2532159 ; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, 9 juillet 2014, référence : CLI.C.3361023 ; CPS, 16 novembre 2013, référence : CLI.C.2228602.

exigent que le débiteur soit privé de tout pouvoir de disposition sur la somme gagée²⁸⁷, tandis que d'autres apprécie cette condition avec une plus grande souplesse, n'interdisant pas que le compte puisse continuer à fonctionner²⁸⁸.

La sûreté ainsi constituée donne au bénéficiaire un droit de préférence sur le fonds gagé²⁸⁹, y compris les intérêts produits pendant la période de garantie²⁹⁰. Elle n'emporte pas le transfert de propriété²⁹¹. Contrairement au droit français, la prohibition du pacte comissoire lui est aussi applicable²⁹².

B La qualification de « sûreté » et la technique empruntée

52. La règle de perte ou de double restitution n'est pas une technique de sûreté au sens juridique du terme La qualification de « sûreté » peut encore se fonder sur la technique empruntée. La sûreté personnelle donne au créancier un autre patrimoine que celui de son propre débiteur, tandis que la sûreté réelle lui confère un droit de préférence sur un ou plusieurs biens déterminés. De là, on peut attendre légitimement que le troisième type de sûreté que constitue la convention d'arrhes adopte une technique distincte des deux autres. Cette technique particulière est précisément la règle de perte ou de double restitution, selon la doctrine majoritaire. Le seul fait que la convention d'arrhes réalise *de facto* une fonction de garantie suffit à justifier la qualification de sûreté. Néanmoins, il y a lieu de douter la pertinence d'une telle analyse. Certaines particularités sont en réalité peu compatibles avec une conception technique du mot « sûreté ». Tout d'abord, les arrhes-exécution ne garantissent pas directement le recouvrement d'une dette conventionnelle, mais la bonne exécution du contrat. Autrement dit, elles n'ont pas pour but principal de diminuer le risque de non-paiement lié à l'insolvabilité du débiteur, mais d'inciter les

²⁸⁷ Tribunal supérieur de Anhui, 2 novembre 2010, référence : CLI.C.310841 ; Tribunal intermédiaire de Haikou, Hainan, 16 mai 2012, référence : CLI.C.1059710 ; Tribunal intermédiaire de Luoyang, Henan, 27 novembre 2012, référence : CLI.C.1465425.

²⁸⁸ Tribunal intermédiaire de Hefei, Anhui, 28 avril 2014, référence : CLI.C.2880892; Deuxième tribunal intermédiaire de Pékin, 20 décembre 2014, référence : CLI.C.24376.

²⁸⁹ Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 2 mai 2013, référence : CLI.C.1763716; Tribunal de base de Rui'an, 19 juin 2009, référence : CLI.C.1717212; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 9 juillet 2012, référence : CLI.C.983094; Tribunal supérieur de Heilongjiang, 29 novembre 2011, référence : CLI.C. 1790246; (2012) 东一法执外异字第12号 CLI.C.176521 2.

²⁹⁰ Tribunal de base de Yuecheng, Zhejiang, 23 août 2010, référence : CLI.C.1534528.

²⁹¹ Tribunal supérieur de Pékin, 19 décembre 2013, référence : CLI.C.2142772.

²⁹² Tribunal de base de Ruian, Zhejiang, 19 juin 2009, référence : CLI.C.1717202 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, référence : CLI.C.119942.

parties à exécuter leurs obligations réciproques. Ensuite, contrairement à toutes les autres sûretés, dont la mise en œuvre ne doit jamais pour effet d'enrichir le créancier, les arrhes disposent d'un caractère punitif incontestable, et son montant peut parfaitement dépasser de très loin le préjudice réellement subi par le créancier. Enfin, l'effet de cette garantie n'est pas la même selon que l'on se place du côté de celui qui verse les arrhes ou de celui qui les a reçues. Pour ce premier, il n'a qu'un droit personnel contre le débiteur pour réclamer la restitution au double des arrhes avancées. Sa situation n'est pas différente d'un créancier chirographaire dépourvu de sûreté.

53. La véritable technique pour la sûreté de somme d'argent : l'exclusivité²⁹³

La véritable technique pour ces sûretés, c'est l'exclusivité que le constituant a sur le bien, qui lui permet d'éviter tout concours avec les autres créanciers de ce même débiteur. Ici, l'exclusivité résulte du transfert de propriété du fonds : par le simple fait de recevoir les arrhes, le bénéficiaire en devient propriétaire. Ceci s'explique par la nature juridique de l'argent. Étant une chose fongible et consommable, il se confond avec les autres biens de même nature, qui existe d'ores et déjà entre les mains du receveur. Cette idée n'est pas tout à fait absente en droit chinois, et certaines décisions y ont fait référence²⁹⁴. Mais l'idée de propriété-sûreté, ou celle d'exclusivité, demeure encore largement ignorée en droit chinois. Le droit de rétention et la clause de réserve de propriété sont considérés en droit français comme constituant les illustrations parfaites de cette nouvelle catégorie de sûreté. Mais ces institutions, bien qu'elles existent aussi en droit chinois, ont connu un sort tout à fait différent, qui expliquerait sans doute ce manque de conscience pour les chinois sur l'idée d'exclusivité.

54. Le cas de droit de rétention En droit comparé, on peut identifier deux législations différentes sur le droit de rétention. La première, adoptée par la France ou l'Allemagne, présente ce droit comme « *un droit de retenir une chose que l'on devrait restituer* »²⁹⁵. Selon une formule éclairante de la Cour de cassation, « *le créancier rétenteur a le droit, sauf disposition législative contraire, de refuser de se dessaisir*

²⁹³ Sur cette notion, v., L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garantie de paiement, Bibliothèque de droit privé*, 2012.

²⁹⁴ Tribunal supérieur de Anhui, 2 novembre 2010, référence : CLI.C.310841; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 juin 2004, référence : CLI.C.149945.

²⁹⁵ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, 8^e éd., n°430, p.203.

des objets ou documents légitimement détenus jusqu'à complet paiement du prix »²⁹⁶. Mais dans d'autres législations, dont la Suisse est le représentant le plus emblématique, le droit de rétention n'est pas conçu comme une défense négative, mais il offre à son titulaire un droit de préférence sur la valeur du bien en cas de réalisation de la sûreté²⁹⁷. C'est cette deuxième solution qui a été retenue en droit chinois²⁹⁸. Ainsi, l'institution réunie en son sein deux effets juridiques : un droit de ne pas rendre le bien, et un droit de préférence sur la valeur de celui-ci. Ces deux effets se succèdent dans le temps : la réalisation de la sûreté suppose que le créancier laisse un temps suffisant pour que le débiteur puisse exécuter ses obligations²⁹⁹. Le droit de préférence pour le rétenteur bénéficie d'ailleurs un rang supérieur lorsqu'il entre en conflit avec le créancier gagiste ou hypothécaire³⁰⁰.

Mais la coexistence de ces deux effets ne manque pas de créer quelques incertitudes sur le plan pratique. C'est tout d'abord le champ d'application du droit de rétention. Certaines décisions ne reconnaissent ce droit que lorsqu'il existe un texte légal spécial³⁰¹, tandis que d'autres admettent l'existence d'un droit général de rétention³⁰². Il en va de même pour l'appréciation du lien de connexité, condition essentielle de ce droit. L'article 231 de la LCDR dispose que « *sauf dans les relations entre entreprises, le bien retenu par le créancier et sa créance sur le débiteur doit appartenir à une même relation juridique* ». Or, ce lien de connexité est apprécié différemment en jurisprudence. Parfois elle exige que le bien soit l'objet même du contrat³⁰³, parfois, elle permet la rétention sur les choses qui ont

²⁹⁶ Cass. Civ., 1^{re}, 17 juin 1969, *Bull. Civ. I*, n°233.

²⁹⁷ L'article 898, alinéa 1 du Code civil suisse : « *Le créancier qui n'a reçu ni paiement ni garantie suffisante peut, après un avertissement préalable donné au débiteur, poursuivre comme en matière de nantissement la réalisation de la chose retenue* ».

²⁹⁸ Chapitre 18 du Droit chinois des droits réels (Les articles 230-240).

²⁹⁹ Selon l'article 236 de la LCDR, à défaut de prévision contractuelle, le rétenteur doit offrir au débiteur un délai au moins de deux mois. Sauf pour les choses périssables.

³⁰⁰ Article 239 de la LCDR. Pour le droit de gage, Tribunal marital de Haikou, 31 août 2011, référence : CLI.C.417661; Pour le droit hypothécaire, Tribunal de base de Ou Hai, Zhejiang, 15 juillet 2011, référence : CLI.C.1740316; Tribunal intermédiaire de Jiaying, Zhejiang, 16 février 2012, référence : CLI.C.2113258.

³⁰¹ Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 14 novembre 2013, référence : CLI.C.2189391; Tribunal marital de Shanghai, 10 juillet 2013, référence : CLI.C.1944836; Tribunal intermédiaire de Yongzhou, 8 octobre 2011, référence : CLI.C.809285; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 13 juin 2010, référence : CLI.C.335452; Tribunal intermédiaire de Pingdingshan, Henan, 25 janvier 2010, référence : CLI.C.293522; Tribunal intermédiaire de Jiaozuo, Henan, 10 février 2009, référence : CLI.C.257379; Tribunal de base de Qibin, Henan, 30 mai 2009, référence : CLI.C.659491.

³⁰² Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 15 janvier 2013, référence : CLI.C.1348526; Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 10 août 2010, référence : CLI.C.306911; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 10 octobre 2012, référence : CLI.C.1331826; Deuxième tribunal intermédiaire de Chongqing, 20 août 2009, référence : CLI.C.290232.

³⁰³ Tribunal de base de Xuhui, Shanghai, 9 octobre 2012, référence : CLI.C.1374262; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 10 mai 2010, référence : CLI.C.555040; Tribunal de nanhai, Guangdong, 15 septembre 2014, référence : CLI.C.55556; Tribunal de base de Gulou, Henan, 16 décembre 2012, référence : CLI.C.1468288; Tribunal de base de Jiading, Shanghai, 14 juin 2012, référence : CLI.C.1380394; Tribunal intermédiaire de Yan'an, Shanxi, 5 novembre 2010, référence : CLI.C. 321041; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 12 octobre 2005, référence : CLI.C.75375; Tribunal de base de Lianyung, Jiangsu, 19 novembre 2013, référence : (2013) 港商初字第1228号; Tribunal intermédiaire de Jiaozuo, Henan, 10 février 2009, référence : CLI.C.257379.

été remises à l'occasion de celui-ci³⁰⁴. La même incertitude concerne une autre question : il s'agit de savoir si le bien retenu doit être la propriété du débiteur défaillant. Nombreuses décisions affirment la nécessité d'une telle condition³⁰⁵, sauf à admettre l'efficacité de la rétention de bonne foi³⁰⁶. Les autres arrêts valident en revanche la rétention d'un bien appartenant à un tiers³⁰⁷.

Toutes ces hésitations s'expliquent sans doute par le fait que le droit chinois entend régler les deux effets juridiques de la rétention par un même corps de règles, alors que leurs natures commanderaient sans doute un traitement séparé. Le pouvoir de blocage dont bénéficie le rétenteur est un droit presque naturel, tandis que le droit de préférence a quelque chose d'artificiel qui ne trouve sa justification que dans la volonté des législateurs. Par conséquent, si le pouvoir de blocage milite pour un champ d'intervention étendu, pour des conditions d'application relativement souples, le droit de préférence nécessite plutôt des solutions au sens inverse.

55. Le cas de la clause de réserve de propriété La clause de réserve de propriété a connu un certain essor en droit chinois dans une époque toute récente. L'article 72 des Principes généraux du droit civil (*PGDC*) énonce le caractère facultatif du transfert de propriété au moment de la délivrance. L'article 134 de la *LCC* consacre expressément la validité de la clause de réserve de propriété. Enfin, une interprétation judiciaire de la *CPS* sur la vente (2012) vient de préciser le régime juridique de cette clause³⁰⁸, qui a été complété par une autre interprétation concernant le sort de la clause en cas d'ouverture d'une procédure collective³⁰⁹.

On constate très vite que la clause de réserve de propriété telle qu'elle est conçue en droit chinois présente une forte originalité. En effet, le régime de ce droit se caractérise par un mélange de trois logiques différentes. La première est une logique de sûreté : en cas de non-paiement du prix, le vendeur peut revendiquer le bien et de le revendre afin de se faire payer sur le prix de vente³¹⁰; la chose objet de la vente n'est pas incluse dans la patrimoine

³⁰⁴ Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, (2013) 深中法商终字第1523号; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 7 février 2012, référence : CLI.C.995146.

³⁰⁵ Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 22 novembre 2012, référence : CLI.C.1779027; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 9 novembre 2012, référence : CLI.C.1352609; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 novembre 2011, référence : CLI.C.100468; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 octobre 2011, référence : CLI.C.478493; Tribunal de base de Jinshan, Shanghai, 11 mai 2011, référence : CLI.C.910351; Tribunal marital de Shanghai, 13 septembre 2012, référence : CLI.C.1944151.

³⁰⁶ Tribunal de base de Bao'an, Guangdong, 31 janvier 2013, référence : CLI.C.1449244.

³⁰⁷ Tribunal marital de Ningbo, 28 octobre 2009, référence : CLI.C.1583281; Tribunal supérieur de Fujian, 15 décembre 2004, référence : CLI.C.49673.

³⁰⁸ L'Interprétation judiciaire de la *CPS* sur la vente, 法释 (2012) 8号.

³⁰⁹ L'Interprétation judiciaire de la *CPS* sur l'entreprise en difficulté (2). 法释 (2013)22号

³¹⁰ L'article 37 de l'interprétation judiciaire de la *CPS* sur la vente.

de l'acheteur lorsque celui-ci fait l'objet d'une procédure collective³¹¹; le contrat de vente est considéré comme un contrat en cours, et le vendeur peut revendiquer le bien lorsque l'administrateur judiciaire décide de résilier le contrat³¹². Mais à cela s'ajoute une logique de responsabilité contractuelle. C'est ainsi que l'article 35 de l'Interprétation sur la vente énumère les trois cas de figure ouvrant le droit de revendication, parmi lesquels on trouve non seulement le non-paiement du prix, mais aussi les autres manquements contractuels : non accomplissement des exigences particulières imposées par le vendeur, la constitution du gage sur le bien ou d'autres actes de disposition injustifiées. L'idée de sanction se traduit encore plus nettement dans une limite imposée à ce droit de revendication : il ne peut plus être demandé si l'acheteur a déjà payé plus de trois quart du prix convenu³¹³. Une telle règle ne peut être expliquée que par une logique de peine privée : la sanction sera écartée en présence d'une inexécution légère. Dans la pratique judiciaire, la clause de réserve de propriété est largement comprise par les tribunaux comme une sanction contractuelle, et le litige se concentre principalement sur le point de savoir si la revendication du bien fait obstacle à la demande de paiement du prix³¹⁴.

Pire, on peut identifier une troisième composante dans cette réglementation qui traduit une logique de restitution. En effet, l'article 25 de l'interprétation précitée dispose que l'acheteur doit indemniser le vendeur en cas de nette diminution de la valeur du bien lors de sa restitution. Cette indemnité est due même au cas où la valeur restante de la chose dépasse le montant du prix impayé.

En définitif, la clause de réserve de propriété en droit chinois n'est pas une sûreté-propriété et elle ne favorise pas la prise en conscience de l'idée d'exclusivité.

56. Une attitude pragmatique des tribunaux chinois pour traiter la sûreté sur somme d'argent L'article 85 de l'interprétation judiciaire sur la *LCS* ne précise pas la conséquence du défaut d'individualisation du fonds gagé. Les tribunaux concluent

³¹¹ L'article 2 de l'interprétation judiciaire de la CPS sur l'entreprise en difficulté (2).

³¹² L'article 38 de l'interprétation judiciaire de la CPS sur l'entreprise en difficulté (2).

³¹³ L'article 36 de l'interprétation judiciaire de la CPS sur la vente.

³¹⁴ Certains arrêts décident que les deux demandes sont incompatibles, et le choix fait par le créancier pour l'une vaut renonciation pour l'autre : Tribunal de base de Rui'an, Zhejiang, 12 décembre 2009, référence : CLI.C.253113 ; Tribunal de base de Jiande, Zhejiang, 16 mars 2010, référence : CLI.C.227984 ; Tribunal de base de Ganzhou, Gansu, 29 avril 2012, référence : CLI.C.1785465 ; Tribunal de base de Zhenghai, Zhejiang, 24 juillet 2008, référence : CLI.C.1664171 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, référence : CLI.C.1059063. Certaines décisions préconisent une solution contraire, : Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 8 mars 2013, référence : CLI.C.1346030 ; Tribunal de base de Wucheng, Zhejiang, 25 août 2011, référence : CLI.C.434857 ; Tribunal de base de Wushe, Henan, 7 mai 2010, référence : CLI.C.751881 ; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 19 décembre 2009, référence : CLI.C.601009 ; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 3 juin 2009, référence : CLI.C.510651 ; Tribunal de base de Yuhuan, Zhejiang, 10 octobre 2008, référence : CLI.C.1679381 ; Tribunal de base de Nanhai, Guangdong, 11 octobre 2013, référence : (2013) 佛南法沥民二初字第243号.

le plus souvent que le gage ainsi constitué est sans effet juridique³¹⁵. Mais dans la vie quotidienne, les personnes privées ne prennent rarement le soin d'individualiser la somme versée à titre de garantie. Pour ne pas invalider systématiquement cette opération courante, les juges ont tendance à retenir la qualification de « gage » en l'absence de toute individualisation³¹⁶. Le défaut conceptuel est corrigé, une fois de plus, par un pragmatisme juridique.

§2 La comparaison avec les sûretés sur somme d'argent en droit français

57. Les sûretés sur somme d'argent constituent une pratique courante dans la société française³¹⁷. Simplement, « *l'ampleur de l'utilisation des sûretés sur l'argent est masquée par les étiquettes très diverses sous lesquelles ces dernières accèdent à la vie juridique, étiquettes qui ne permettent pas toujours de les identifier comme telles ou qui, parfois, jettent le doute sur leur véritable nature juridique : cautionnement, dépôt de garantie, couverture, retenue de garantie, etc., outre l'expression fallacieuse de gage-espèces, qui est la plus générale et qui bénéficie des faveurs de la littérature juridique* »³¹⁸.

A ces différentes appellations, s'ajoute une pluralité des situations à envisager : garantie constituée sur la monnaie fiduciaire ou sur la monnaie scripturale, sur un compte bloqué ou en court de fonctionnement, ouvert au nom du constituant ou bénéficiaire, retenu par le créancier ou un tiers (le plus souvent le banquier)³¹⁹.

³¹⁵ Tribunal intermédiaire de Yangzhou, Jiangsu, 26 juillet 2013, référence : CLI.C.2027285; Tribunal supérieur de Zhejiang, 14 septembre 2011, référence : CLI.C.1736153; Tribunal intermédiaire de Changsha, Hunan, 12 septembre 2014, référence : CLI.C.3355560.

³¹⁶ Tribunal de base de Xiacheng, Zhejiang, 12 mai 2014, référence : CLI.C.2843188; Tribunal de base de Dinghai, Zhejiang, 28 mars 2014, référence : CLI.C.2822092; Tribunal intermédiaire de Zhangye, Gansu, 15 avril 2011, référence : CLI.C.1786236.

³¹⁷ Sarah Bros, « le gage-espèces », *Dr.et patr.*, 2007, p.161 ; Ph. Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil ; Les sûretés La publicité foncière*, 6^e éd., n°651, p.580.

³¹⁸ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges J. Derruppé*, 1991, n°2, p.334.

³¹⁹ L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garantie de paiement*, Bibliothèque de droit privé, 2012. La Commission Grimaldi avait proposée de bien distinguer 4 figures concevables de sûreté sur l'argent : le transfert de monnaie fiduciaire à titre de garantie, la remise de monnaie scripturale par le constituant au créancier (sous forme de chèque ou de virement), l'affectation du solde d'un compte en cours de fonctionnement, qui doit être analysé comme un nantissement de créance, et enfin l'affectation de sommes isolées sur un compte bloqué, qui est un nantissement de monnaie scripturale. Mais cette solution n'a pas été adoptée par la réforme de 2006.

On comprend dès lors que la question présente une grande complexité en droit français. Il existe néanmoins un consensus en doctrine. Selon la modalité de sa constitution, cette sûreté peut ou peut (A) ne pas produire un effet translatif de propriété (B).

A La sûreté sur somme d'argent translative de la propriété

58. La sûreté est translative de propriété en l'absence de procédé d'individualisation Selon un enseignement traditionnel, le droit réel, que ce soit principal ou accessoire, ne peut porter que sur les biens individualisés³²⁰. Or, la somme d'argent est un bien fongible et une chose de genre par excellence³²¹, elle ne peut pas être l'objet d'un gage en l'absence d'individualisation³²². La jurisprudence admet très tôt le caractère translatif de cette sûreté³²³, solution qui est largement approuvée par la doctrine³²⁴, même si le fondement de ce droit de propriété peut être discuté³²⁵. C'est surtout la nature juridique d'une telle sûreté qui sépare les auteurs. Selon certains, cet effet translatif de propriété est incompatible avec la qualification

³²⁰ R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français, t. 4, Les biens*, avec la collaboration de P. Voirin, 2e éd., Rousseau, 1938, n°51; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, 4e éd., Defrémois, 2010, n°157. S. Torck, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, Thèse dactyl., Paris II, 200 n° 27 s.

³²¹ Sur une distinction entre le bien fongible et la chose de genre, v. F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité? » *RTD*, 1995, p.307; spéc., n°3 et 4.

³²² En ce sens, M. Cabrillac, *art. préc.*, p. 334 s., et *spéc.*, n°6, p.335 : « Lorsque le constituant remet purement et simplement au bénéficiaire de la garantie une somme dont celui-ci dispose librement, il lui en transfère forcément la propriété ; ceci parce que l'argent est un bien consommable et – raison beaucoup plus dirimante, à nos yeux –, parce que c'est un bien fongible auquel la remise pure et simple fait perdre son identité ».

³²³ Cass.req., 8 février 1928, *DH* 1928, 149;

³²⁴ Néanmoins, ce transfert de propriété est contesté par une partie minoritaire de la doctrine. V. spéc., S. Torck, *thèse préc.*, n° 169 s ; même auteur, « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relatives aux sûretés », *Revue de Dr. Banc.et Finc.*, 4 juillet 2006, étude. 12, n°11 : « En premier lieu, certains biens ne peuvent être individualisés que par le détenteur lui-même. Il en va ainsi des actifs scripturalisés, qu'il s'agisse d'actifs monétaires ou financiers. En deuxième lieu, certains biens, qui imposent des conditions de stockage particulières, devront être individualisés de préférence par le détenteur lui-même qui, à cet égard, voudra conserver une maîtrise complète de ce qui, ultérieurement, pourrait le conduire à engager sa responsabilité si les biens gagés venaient à périr. Enfin, et de manière plus générale cette fois, s'il est certainement exact que la remise pure et simple de choses de genre devrait permettre au détenteur de laisser la confusion se produire entre les biens confiés et ceux identiques lui appartenant, une telle conviction perd de son exactitude lorsque cette confusion conduit à la perte du droit de propriété au détriment du remettant. En effet, si l'on veut bien admettre qu'en présence de choses de genre, le remettant est indifférent à l'individualité matérielle des biens remis en gage - tous ayant le même pouvoir libératoire -, en revanche, il n'est pas raisonnable de postuler l'indifférence de ce même remettant à la nature du droit dont il est titulaire sur les biens mis en gage. Or, il faut convenir que la théorie du gage irrégulier, parce qu'elle fait du créancier gagiste un propriétaire, produit des conséquences trop exorbitantes du droit commun pour que l'on puisse attacher à la remise pure et simple de choses de genre une présomption de fongibilité autorisant le créancier ou tout autre détenteur à procéder à la confusion des biens remis avec les conséquences que l'on sait au détriment du remettant. Aussi convient-il d'admettre que l'effet translatif de propriété traditionnellement attaché à la remise à titre précaire de choses de genre paralyse la présomption de fongibilité tirée du caractère pur et simple de la remise, paralysie qui ne cesse que là où la confusion n'est pas jugée incompatible avec le maintien de la qualité de propriétaire en la personne du remettant ; ce qui, il convient de le relever, suppose que soit reconnue l'existence d'un droit de propriété ayant pour objet des choses fongibles ».

³²⁵ Sur ce point, v. L. Bougerol-Prud'homme, *thèse préc.*, n°270, pp. 232-233.

du gage, la sûreté en question constitue un cas de cession fiduciaire³²⁶. Pour d'autres par contre, la spécificité de l'objet n'a pas d'incidence sur la qualification du gage³²⁷.

La réforme des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 a partiellement tranché le débat. Selon l'alinéa 2 de l'article 2341 du Code civil, le gage des choses fongibles est translatif de propriété lorsqu'il y a dispense pour le créancier de tenir séparé la somme gagée. Ce texte est applicable quelle que soit la forme sous laquelle la somme a été remise : monnaie, fiduciaire ou scripturale. La qualification de gage soulève néanmoins une difficulté. Avant la réforme, les gages-espèce constituait une sûreté simple qui n'exigeait, à titre de sa validité, que la remise du fonds entre les mains du créancier gagiste³²⁸. Or, puisque ce contrat est soumis désormais au régime du gage, tout porte à croire qu'il faudrait imposer le gage-espèces la rédaction d'un écrit *ad validitatem*³²⁹, sauf s'il s'agit d'un gage commercial³³⁰.

En outre, la portée de l'article précité demeure incertaine et la doctrine se divise sur la possibilité de constituer une véritable fiducie-sûreté sur somme d'argent en dehors de ce texte³³¹. Cette possibilité suppose que l'on admet la validité d'une fiducie-sûreté innommées, ce qui n'est pas certain selon l'état actuel du droit positif³³².

B La sûreté de somme d'argent non translative de propriété

³²⁶ D. Bureau, « Les gages-espèce, une sûreté atteignant sa maturité? » *Dr. et Patr.*, 1999, n°77; M. Cabrillac, *art. préc.*, n°9, p.336 : « En réalité, la remise pure et simple d'une somme d'argent en garantie d'une créance correspond à un conception avec lequel nous nous sommes familiarisés : celui de sûreté – propriété »; L. Leduc, *art. préc.*, n°27 : « Un gage qui, dès sa constitution, transfère conventionnellement au créancier la propriété de la chose gagée est une contradiction dans les termes. N'en déplaise au juge, il ne s'agit pas d'un véritable gage mais plutôt d'une fiducie-surété (...) »; P. Crocq, *Propriété et garantie*, Thèse, LGDJ 1995, n°42 et n°306.

³²⁷ Ph. Simler, Ph. Delebecque, *op. cit.*, n°652, p.582 : « La sûreté reste un gage, malgré le transfert de propriété dont bénéficie le créancier, car ce transfert n'est pas de l'essence de la convention – il ne s'agit pas d'un transfert fiduciaire--, mais résulte simplement de la nature des choses et plus précisément de la nature de l'objet de la convention ». Dans le même sens, P. Raynaud, Ph. Jestaz, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2ème éd. 1987, n° 66; G. Baudry Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Paris, 1901, *spéc.*, n°1018.

³²⁸ D. Bureau, *art. préc.*, M. Cabrillac, *art. préc.*, n°15, p.337 : « La constitution de la sûreté-propriété est fort simple, car il faut admettre qu'elle est réalisée par le versement de la somme sous quelque forme que ce soit et qu'elle ne requiert pas les formalités nécessaires pour établir un gage ».

³²⁹ Art. 2336 du Code civil.

³³⁰ Art. L.521-1 du Code de commerce.

³³¹ V. L. Bougerol-Prud'homme, p.238, n.284.

³³² V., requalification d'une cession de créance de droit commun à titre de garantie en nantissement, Cass. Com. 19 décembre 2006, *Bull. Civ.* IV, n°250; *D.*2007. 344, note Larroumet; *ibid.* *AJ* 76, *obs.* Delpéch; *JCP* 2007,II, 10067, *Rapp.* Cohen-Branche, note D. Legeais; *Gaz. Pal.* 2007, 1903, note S. Piedelièvre; *Deffrénois* 2007. 448, *obs.* Savaux; *ibid.* 2008. 409, *obs.* Théry; *RDC.* 2007. 273, *obs.* Laithier; *RTD.civ.* 2007. 160, *obs.* Crocq; *D.* 2007. *Chron.* 961, Aynès. Admission d'une fiducie-sûreté sur l'argent innommée : Cass. Com. 6 février 2007, pourvoi : n°05-16649, *RTD.civ.* 2007, 703, *obs.* P. Crocq; *RDC.* 2008, 425, *obs.* A. Aynès; *Dr. et patr. Janv.* 2008, 93, *obs.* L. Aynès et Ph. Dupichot.

59. La procédure de l'individualisation Lorsque pèse sur le bénéficiaire de la sûreté une obligation de conserver le fonds de manière séparé, on est en présence d'un gage (monnaie fiduciaire) ou un nantissement (monnaie scripturale) ordinaire non translatif de propriété. L'article 2344 alinéa 1 du Code civil ajoute que « *le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou les tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage* ».

En cas de la remise à un banquier, une hésitation est permise quant à la qualification juridique d'une telle opération : s'agit-il d'un nantissement de créance ou doit-on l'analyser comme un nantissement de monnaie scripturale³³³ ? Autrefois, la question présentait un intérêt pratique évident lié à l'exigence de la formalité pour la sûreté en cause. Celui-ci est néanmoins disparu avec l'ordonnance du 23 mars 2006, dans la mesure où ces deux types de nantissements obéissent désormais aux mêmes exigences concernant la forme³³⁴.

*
* *

60. Conclusion du premier Chapitre Le mécanisme de la convention d'arrhes présente les mêmes caractères pour le droit chinois et le droit français : il s'agit toujours d'une somme d'argent versée d'avance, et qui est susceptible d'être perdue pour celui qui l'a versée, ou au contraire de lui être restituée au double, en fonction des circonstances.

En droit chinois, la remise effective des arrhes conditionne leur efficacité juridique, et une remise non conforme est présentée comme une modification du contrat initial sauf opposition immédiate de celui qui a reçu les arrhes. En revanche, la question demeure largement ignorée quant aux effets éventuels d'une promesse de contrat d'arrhes, et la jurisprudence adopte des solutions contradictoires en la matière.

La règle de perte et de double restitution est, quant à elle, parfois avancée pour justifier la qualification de « *sûreté* » traditionnellement attribuée à la convention d'arrhes. Une telle qualification est en réalité problématique. Elle n'est fondée ni sur l'objet de cette garantie, parce que les arrhes peuvent porter sur une autre chose que l'argent, ni sur la technique

³³³ Sur la divergence doctrinale sur ce point, v. D. Bureau, *art. Préc.*

³³⁴ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^e éd., 2010, n°787, p.594.

qu'elle est employée, parce que les arrhes ne sont pas le seul moyen possible pour constituer une sûreté sur l'argent : le gage-espèces est aussi connu du droit chinois. Contrairement au droit français, l'idée d'exclusivité en tant que troisième type de sûreté demeure largement ignorée en droit chinois.

Le droit français ne s'intéresse que très peu au mécanisme des arrhes. Une telle indifférence trouve sa cause dans la fonction que remplit cette convention en droit français. Mais pour bien saisir ce lien réunissant la fonction et le mécanisme, il faut étudier préalablement cette deuxième composante des arrhes.

Chapitre II Fonctions des arrhes, aspect subjectif de la convention

61. Plan Les arrhes sont une somme d'argent destinée à remplir une fonction fixée par les parties. Cette fonction juridique constitue dès lors l'aspect subjectif de la convention. C'est sur ce terrain que le droit chinois s'éloigne plus du droit français. La description de cette divergence fonctionnelle (Section I) précède d'un essai d'explication (Section II).

Section I La divergence fonctionnelle des arrhes en droit chinois et en droit français

62. La convention d'arrhes peut remplir plusieurs fonctions juridiques. On peut les regrouper sous deux catégories : il y a tout d'abord des arrhes qui affaiblissent les relations contractuelles des parties (§1), et il y a ensuite celles qui renforcent les relations contractuelles des parties (§2). On trouve cette première variété dans les deux systèmes juridiques, mais la fonction libératoire se traduit différemment. La divergence est encore plus nette s'agissant de la fonction comminatoire, car celle-ci est réservée au droit chinois.

§1 Affaiblissement des relations contractuelles des parties, une fonction commune mais différente au droit chinois et au droit français

63. Les arrhes-débit en droit français et les arrhes-résolution en droit chinois ont toutes deux pour but d'anéantir un contrat formé. Malgré cet effet commun, il existe des différences majeures entre ces deux clauses. Elles concernent à la fois leur champ d'application (A) et les effets juridiques (B).

A Les arrhes-débit du droit français et les arrhes-résolution du droit chinois : différence sur leurs champs d'application

64. Tandis que les arrhes-débit ne concernent que la formation du contrat (1), les arrhes-résolution produisent des effets même après le commencement d'exécution du contrat (2).

1. Les arrhes-dédit ne concernent que la formation du contrat

65. Le dédit doit intervenir avant l'exécution du contrat Les arrhes-dédit, et plus généralement la faculté de dédit conventionnelle, permettent aux deux parties de revenir sur leurs consentements donnés. Cette faculté connaît cependant une limite temporelle : son exercice doit intervenir avant toute exécution du contrat. Les auteurs sont unanimes sur ce point³³⁵, et la jurisprudence interprète le commencement d'exécution comme une renonciation à la faculté de repentir³³⁶.

66. Un débat doctrinal sur le caractère définitif du contrat assorti d'une clause de dédit En France, l'incidence de la faculté de dédit sur le caractère définitif du contrat principal fait l'objet d'une controverse doctrinale impressionnante. Selon certains, « *l'exercice de la faculté de repentir met un terme au processus de formation du contrat* »³³⁷. Le contrat ne devient définitif tant qu'il existe cette prérogative. C'est la théorie dite de la formation progressive du contrat, développée d'abord par le Professeur Mousseron³³⁸, et défendue par beaucoup d'autres³³⁹. Pour certains, la clause de dédit ne fait pas obstacle à la perfection du contrat. La clause de dédit est ainsi présentée comme une exception portée à la force obligatoire du contrat³⁴⁰. D'après ces auteurs, la clause de dédit autorise une rupture anticipée du contrat avant son terme

³³⁵ L. Boyer, « La clause de dédit », in *Mélanges P. Raynaud*, 1985, n°5 et s.,

³³⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 15 juillet 1961 : *Bull.civ.*, I, n°318; Cass. Civ. 3^e; 30 octobre 1962 : *Bull.Civ.*, III, n° 401; Cass. Civ. 16 octobre 1968 : *JCP* 1968. IV. 184.

³³⁷ Ch. Corgas-Bernard, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM, 2006, n°16, p.24

³³⁸ J.-M. Mousseron, « La durée dans la formation des contrats », in *Mélanges Jauffret*, 1974, p.519 et s., et spéc. p.520;

³³⁹ R. Baillod, « Le droit de repentir », *RTD. Civ.* 1984, 227 et s., et spéc. 233 et s.; J. Calais-Auloy, « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *D.*1973, *chron.* 266; A. Benet, « Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale », *JCP. N.*, 1987, pp.115-116 : « *Alors que l'option apparaît au seuil du processus de formation du lien contractuel en vue, le pouvoir de se dédire se situe à une étape plus avancée de son avènement* ». C. Hamann, « La spécificité de la clause de dédit », *RDI.* 1997, p.169, n°7.

³⁴⁰ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral, op.cit.*, p.284 : « *La faculté de dédit suppose également qu'un contrat ait été conclu, et même plus précisément qu'un engagement ait été pris par celui qui verse les arrhes* ». Ph. Maulaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op.cit.*, n°886, p.465 : « *La faculté de dédit confère à son bénéficiaire d'un droit de retrait unilatéral d'un contrat déjà conclu* » ; Y. Panerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, Thèse, édition Panthéon-Assas, 2012, n°718, p.776 ; Ch. Larroumet, *Droit civil, T. III, Les obligations, Le contrat*, 2^e Partie : Effets, 6^e éd., Economica, 2007, n°593, p.616 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, les obligations*, Quadrige/Puf, 2004, n°1029, p.2116 ; Ph. Delebecque, « L'anéantissement unilatéral du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p.61 et s. ; F. Collart-Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Thèse Tours, 1983, n°167 et s. ; p.204 et s. ; B. Boccara, « De la notion de promesse unilatérale (régime fiscal et vente de fonds de commerce) », *JCP* 1970, I, 2357 bis, n°6 ;

convenu³⁴¹, ou encore une résiliation unilatérale³⁴², dont l'exercice s'analyse en une « *inexécution licite du contrat* »³⁴³. Pour finir, il faut aussi mentionner une voie intermédiaire, qui attribue à la volonté des parties un rôle prédominant en la matière³⁴⁴.

La question, à cause de son caractère académique, ne suscite pas beaucoup de contentieux. On peut néanmoins citer un ancien arrêt qui semble donner raison à la thèse de formation définitive du contrat³⁴⁵.

Quoi qu'il en soit, ce débat doctrinal n'a pas d'incidence sur la question qui nous intéresse ici, à savoir le champ d'application de la clause. Le dédit a pour fonction principale d'assurer « *la plénitude du consentement donné, que celui-ci soit définitif ou provisoire* »³⁴⁶. Il n'en va pas de même pour les arrhes-résolution en droit chinois.

2 Les arrhes-résolution concernent aussi l'exécution du contrat

67. La définition des arrhes-résolution La définition des arrhes-résolution est donnée par l'article 117 de L'Interprétation judiciaire sur la LCS :

« *Après avoir versé les arrhes, les parties peuvent conformément aux termes de la convention, résoudre le contrat principal, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double.*

« *Les dispositions de la Loi Chinoise des Contrats concernant la résolution trouve à s'appliquer pour régir les conséquences de cette rupture* ».

Ainsi, les arrhes-résolution se présentent en effet comme une variante de résolution conventionnelle autorisée par la loi, ce qui justifie le terme utilisé.

³⁴¹ G. Helleringer, *Les clauses du contrat, Essai de typologie*, LGDJ, 2012, n°353 et s., p.195 et s. *Contra.*, Ph. Stoffel-Munck, « La rupture du contrat, Rapport français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat, Journées Brésiliennes*, Tome LV/ 2005, p.803 : « *Ces facultés (droit de rétractation en droit de la consommation, et la faculté de dédit conventionnelle) sont enfermées dans un délai si bref à compter de la conclusion du contrat, que parler de « rupture » à leur propos n'est pas adéquat : on ne rompt que ce qui est tangible, et ici, la relation contractuelle n'a pas eu le temps d'acquiescer de consistance concrète : dès lors, la rétractation dissipe l'illusion d'un contrat plus qu'elle ne le rompt* ».

³⁴² J. Redouin, *op.cit.*, p.59 et s. ; H., L., J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçon de droit civil, T. II, V. 1, Obligations, Théorie générale, op.cit.*, n°139, p.137. *Contra.*, Ch. Corgas-Bernard, *op.cit.*, n°15 et s., p.23 et s.

³⁴³ C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002, n°38, p.35 ;

³⁴⁴ S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997, pp.122-123 : « *Bien qu'il ressorte des développements précédents que le schéma calqué sur la formation progressive du consentement correspond généralement à l'intention manifestée par les parties, il n'est pas exclusif, car la clause de dédit, contrairement aux droit de repentir légaux, n'est pas réglementée. Elle pourra donc être aménagée au gré des parties. (...) La portée de la clause dépend donc uniquement de la volonté des parties. Il n'existe pas un schéma juridique type de la faculté de dédit. Il n'existe que des cas d'espèces. Il est donc nécessaire de rechercher chaque fois qu'ont voulu les parties* ».

³⁴⁵ Cass. Civ 1^{re}, 6 octobre 1965 : *Bull.civ.*, I, n°516.

³⁴⁶ Ch. Corgas-Bernard, *op.cit.*, n°17, p.24.

Contrairement à l'article 1590 du Code Civil français qui ne parle des arrhes qu'à propos de la promesse de vente³⁴⁷, L'article 117 de l'interprétation ne pose aucune limite s'agissant du contrat concerné. Par conséquent, tout contrat peut assortir d'une clause d'arrhes, que ce soit à exécution instantanée ou successive.

68. Le principe : les arrhes-résolution demeurent efficaces pendant la phase d'exécution du contrat La différence majeure entre ces deux clauses réside dans le fait que les parties peuvent toujours faire jouer les arrhes-résolution pour mettre fin au contrat, et ce même après son commencement d'exécution.

Il est vrai que cette différence n'est pas toujours mise en avant par la doctrine chinoise. Inspirée par la théorie étrangère, la plupart des auteurs chinois considèrent que le commencement d'exécution du contrat fait obstacle à la mise en œuvre de la clause³⁴⁸.

Cette proposition doctrinale ne trouve pas sa justification dans les textes de la loi, et elle est en outre démentie par la jurisprudence. C'est ainsi que dans la vente immobilière, l'acquéreur peut toujours renoncer à la vente après avoir payé une partie du prix³⁴⁹. Il en va de même pour les contrats à exécution successive. Le locataire peut résoudre unilatéralement le bail de manière anticipée en perdant les arrhes versées³⁵⁰.

69. Un éventuel tempérament : la clause ne pourrait plus être invoquée lorsque le contrat a été exécuté pour une grande partie A plusieurs reprises, les juges refusent de donner effet à la clause d'arrhes-résolution après avoir constaté l'état avancé dans l'exécution du contrat. Dans une décision de 16 octobre 2009³⁵¹, le tribunal a refusé le jeu des arrhes lorsque l'acquéreur a déjà acquitté plus de 9/10 du prix de l'immeuble. Le tribunal de base de Shaoxing a retenu la même solution dans une espèce similaire³⁵². Dans un autre arrêt rendu le 18 mars 2014³⁵³, le tribunal supérieur de Guangdong a affirmé que « *l'usage de la clause d'arrhes-résolution est soumis au principe de la bonne foi* », et le fait d'exécuter le contrat pendant un certain temps et d'accepter la prestation de l'autre partie crée une croyance légitime chez son cocontractant, qui fait obstacle à la résolution unilatérale.

³⁴⁷ Même si la jurisprudence a ensuite appliqué ce texte dans d'autres contrats que la promesse de vente.

³⁴⁸ V., Han Shiyuan, *Traité général sur le droit des contrats*, 3^e éd., La Presse Juridique, 2011. p.513

³⁴⁹ Tribunal de base de Xinshi, Xinjiang, 1 juin 2011, référence : CLI.C.378883 ; Premier Tribunal intermédiaire de Chongqing, 19 juillet 2004, référence : CLI.C.1182968 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 17 décembre 2010, référence : CLI.C.357738.

³⁵⁰ Tribunal de base de Yulin, Guangxi, 16 mai 2012, référence : CLI.C.1194965 ; Tribunal supérieur de Hubei, 21 mai 2008, référence : CLI.C.147360.

³⁵¹ Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 16 octobre 2009, référence : CLI.C.576039.

³⁵² Tribunal de base de Shaoxing, Zhejiang, 25 mai 2013, référence : CLI.C.2470780.

³⁵³ Tribunal supérieur de Guangdong, 18 mars 2014, (2013) 粵高法民一申字第265号.

Malgré ce tempérament jurisprudentiel, il ne fait aucun doute que les arrhes-résolution ont un champs d'application beaucoup plus large que celui des arrhes-dédit.

B Les arrhes-dédit du droit français et les arrhes-résolution du droit chinois : une différence quant à leurs effets juridiques

70. Si les arrhes-dédit donnent à son titulaire un droit de repentir (1), les arrhes-résolution, quant à elles, permettent seulement aux contractants de faire obstacle à une demande en exécution forcée du contrat (2).

1. Un droit de repentir garanti par les arrhes-dédit

71. L'exercice du dédit est étranger à l'idée d'inexécution Les arrhes-dédit ont une fonction libératoire pour celui qui en fait usage, en lui permettant « *de se libérer unilatéralement de leurs engagements* »³⁵⁴. Cet effet libératoire constitue un critère pertinent de distinction avec la clause pénale. Le propos de Denis Mazeaud illustre bien cette différence : « *la peine forfaitaire fixée dans une clause pénale est exigible en cas d'inexécution illicite tandis que le dédit est dû en cas d'inexécution licite, puisqu'autorisée et aménagée par le contrat, des obligations contractuelles. La peine est donc la sanction d'une faute : c'est une peine privée contractuelle fulminée dans une clause relative à la responsabilité. Le dédit, en revanche, est étranger aux idées de responsabilité et de réparation ; il s'agit de la contrepartie du droit de repentir, du prix de l'évasion du contrat que la clause organise au profit du débiteur et que celui-ci doit payer intégralement du seul fait qu'il exerce son droit au regret, alors même que l'anéantissement du contrat qui s'en suit ne cause aucun préjudice au créancier* »³⁵⁵. Par conséquent, les arrhes-dédit octroient aux parties un véritable droit subjectif, mais non pas une peine privée³⁵⁶. Plus exactement, la faculté de dédit fait

³⁵⁴ Cas. Civ. Com., 2 avril 1996, n°94-13.433.

³⁵⁵ D. 1996, p.329, note de D. Mazeaud sous l'arrêt Com. 2 avril 1996, préc.

³⁵⁶ Contra., J. Redouin, *thèse préc.*, p.34 : « *En effet, la conclusion du contrat a entraîné des démarches, des frais, une perte de temps, peut-être une meilleure opération a-t-elle été manquée, il serait injuste que celui qui subit le refus de son partenaire ne soit pas dédommagé. C'est l'application des règles de la responsabilité contractuelle : l'acheteur, par exemple, qui revient sur sa décision est responsable du dommage que le vendeur subit de ce fait les arrhes ne sont que la représentation des dommages-intérêts dus au vendeur. En somme, les parties évaluent, en contractant, le préjudice qu'éprouvera l'un d'eux si l'autre se retire* ».

partie de cette nouvelle catégorie de droit subjectif dit potestatif³⁵⁷, celui-ci étant défini comme « (le) pouvoir par lequel son titulaire – le potensior – peut influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité unilatérale »³⁵⁸.

2. Efficacité limitée des arrhes-résolution

72. La mise en œuvre du jeu des arrhes-résolution est constitutive d'un manquement contractuel La mise en œuvre de la clause d'arrhes-résolution peut certes entraîner l'anéantissement du contrat, mais la particularité de cette clause, par rapport à la clause de dédit, réside dans le fait que ce premier n'a pas pour effet d'effacer l'élément fautif de la rupture. Deux conséquences en découlent. Tout d'abord, la résolution n'entraîne pas le mécanisme de perte ou de double restitution lorsqu'elle est fondée sur une cause légitime prévue par la loi ou par le contrat³⁵⁹. Ensuite, la résolution consécutive au jeu des arrhes-résolution est jugée comme fautive, et elle est susceptible d'engager la responsabilité de celui qui s'en sert.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'art. 117 de l'interprétation judiciaire de la CPS sur la LCS renvoie, en ce qui concerne les conséquences après la mise en œuvre de la clause, aux règles régissant la résolution. Concrètement, cela signifie que la perte ou la restitution au double des arrhes ne constitue pas toujours la seule sanction encourue par l'auteur de la rupture, et la responsabilité contractuelle de celui-ci peut éventuellement être engagée. Il en va ainsi notamment lorsque le montant des arrhes est insuffisant pour réparer tous les préjudices subis par la victime de la résolution³⁶⁰. En plus, dans un avis émanant de la Cour supérieure de Pékin concernant le contrat de vente³⁶¹, la Cour a autorisé l'application cumulative des arrhes-résolution et la clause pénale, alors qu'un tel cumul est impossible en présence des autres variétés

³⁵⁷ V. Parmi de très nombreuses études doctrinales consacrées à ce sujet, Ibrahim NAJJAR, *Le droit d'option : Contribution à l'étude du droit potestatif de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967 ; « La potestativité », *RTD.civ.* 2012, p. 601 ; Cathy Pomart-Nomdedeo, « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD.civ.* 2010, p. 209 ; Judith Rochfeld, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Mélange Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 et s. ; Stéphane Valory, *op.cit.*

³⁵⁸ Cathy Pomart-Nomdedeo, *art. préc.*

³⁵⁹ Tribunal de base de Tongnan, Chongqing, 13 avril 2014, référence : CLI.C.3136322 (la résolution est fondée sur une exécution défaillante du contrat) ; Tribunal intermédiaire de Dongying, Shandong, 18 août 2002, référence : CLI.C.117672 (Résolution fondée sur une inexécution de l'obligation).

³⁶⁰ En effet, toutes les arrhes, y compris celle des arrhes-résolution, peuvent être combinées avec les dommages-intérêts lorsque le montant de ces premiers est inférieur au préjudice réellement subi. V., L'article 28 de l'Interprétation judiciaire de la Cour Populaire Suprême sur les litiges intéressant le contrat de vente, 法释[2012]8号, référence : CLI.3.176318.

³⁶¹ 京高法发[2009]43号, 3 février 2009, référence : CLI.13.275190.

d'arrhes³⁶².

Ce constat n'est d'ailleurs pas démenti par les décisions jurisprudentielles. Les juges n'hésitent pas à qualifier comme fautive la résolution fondée sur la clause d'arrhes³⁶³. Dans une affaire récente, le juge a précisé que la stipulation des arrhes-résolution ne faisait pas obstacle à la demande des dommages-intérêts³⁶⁴.

73. La présence des arrhes-résolution fait obstacle à une demande en exécution forcée Si le maintien du caractère fautif de la rupture atténue considérablement l'effet libératoire des arrhes-résolution, celles-ci présentent néanmoins un intérêt pour celui qui en fait usage : la mise en œuvre de la clause supprime le droit pour l'autre partie de demander l'exécution forcée du contrat.

Cette faveur ressort clairement d'une décision judiciaire³⁶⁵. En l'espèce, la clause d'arrhes visait le manquement contractuel sans autre précision. Par la suite, l'une des parties ne voulait plus exécuter le contrat. Elle a ainsi sollicité le juge pour résoudre le contrat en restituant le double des arrhes qu'elle avait reçu. La demande a été déboutée par le tribunal, pour qui les parties avaient convenu d'une clause d'arrhes-exécution, et que cette dernière ne pouvait pas être utilisée pour consolider une résolution injustifiée. La réalisation forcée du contrat était ainsi prononcée.

Seules les arrhes-résolution permettent un anéantissement du contrat par la perte ou la restitution au double des arrhes, voici le message livré par la décision précitée, et la jurisprudence est constante en la matière³⁶⁶.

74. Le lien entre l'utilité de la clause et la porte ouverte à la demande d'une exécution en nature On comprend ainsi que l'intérêt pratique des arrhes-résolution dépend largement de la porte ouverte à la demande en exécution forcée en droit chinois. Plus cette demande est facilement accueillie, plus l'utilité d'insertion d'une clause d'arrhes-résolution est grande.

75. Le droit chinois connaît le principe du droit à l'exécution au profit du créancier insatisfaisant La règle de principe posée par les articles 109 et 110 de la

³⁶² L'article 26 dudit avis.

³⁶³ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 17 décembre 2010, référence : CLI.C.357738.

³⁶⁴ Tribunal de base de Yunhe, Hebei, 5 novembre 2013, (2012) 运民初字第185号.

³⁶⁵ Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 28 mars 2011, référence : CLI.C.880545.

³⁶⁶ Tribunal intermédiaire de Putian, Fujian, 9 juillet 2014, référence : CLI.C.3375814; Tribunal intermédiaire de Jiaying, Zhejiang, 16 juillet 2013, (2013) 浙嘉商终字第273号.

LCC s'apparente à celles prévues par les Principes du Droit Européen du Contrat³⁶⁷ dans ses articles 9:101 et 9:102. Ainsi, le droit chinois consacre le principe du droit à l'exécution forcée en nature pour le créancier, confirmée par la jurisprudence³⁶⁸. À cet égard, le droit chinois se rapproche davantage au système français qu'à celui de la Common Law³⁶⁹. Ce principe est néanmoins assorti de 3 limites pour le créancier d'une obligation autre qu'une somme d'argent : l'impossibilité matérielle ou juridique d'exécution, un coût excessif de l'exécution, ou encore le dépassement d'un délai raisonnable³⁷⁰. C'est sur ce terrain que la solution chinoise s'éloigne de celle admise en droit français.

76. Le droit chinois donne une interprétation extensive aux exceptions communes aux deux systèmes L'impossibilité matérielle et juridique de l'exécution constitue une limite commune aux deux systèmes juridiques. Mais les juges chinois livrent une interprétation plus extensive de la notion d'impossibilité. Une demande à l'exécution est très souvent rejetée lorsque celle-ci aurait causé un trouble social ou un conflit entre les contractants³⁷¹. La quête de l'harmonie sociale est, comme on le sait, une préoccupation primordiale en Chine.

Mais c'est surtout sur le terrain de l'obligation personnelle que la divergence apparaît de manière plus visible.

En droit français, la catégorie des obligations personnelles de faire s'avère extrêmement réduite³⁷². L'article 1142 subit « *le sort d'une peau de chagrin* »³⁷³, et presque toutes les

³⁶⁷ Principes du droit européen du contrat, Société de législation comparée, 2003.

³⁶⁸ Le juge doit accueillir la demande du créancier en vue de l'exécution forcée en nature dès lors que celle-ci ne se heurte pas aux obstacles prévus par la loi (CPS, 26 août 2013, référence : CLIC.1787959 ; Deuxième Tribunal de Shanghai, 22 juin 2011, référence : CLIC.1010758 ; Tribunal supérieur de Hainan, 7 avril 2008, référence : CLIC.103543), et celui qui manque à son obligation contractuelle ne peut pas imposer la résolution du contrat à son cocontractant dans la mesure où son exécution reste possible (Premier Tribunal intermédiaire de Hainan, 29 juillet 2013, référence : CLIC.1795853 ; Tribunal supérieur de Hainan, 2 mai 2013, référence : CLIC.1435663).

³⁶⁹ S'il est vrai que le « *specific performance* » connaît un essor non négligeable dans une époque contemporaine, marqué notamment par une importante décision *Beswick v. Beswick* [1968] AC 58, suivi par certains autres (*V. nota. Evans Marshall and Co Ltd v Bertola SA* [1973] 1 WLR 349 and *Sudbrook Estates Ltd v Eggleton* [1983] 1 AC 444), il reste vrai que l'octroi de ce remède est toujours soumis à la discrétion des juges, lié à son origine historique. Le pouvoir des juges est d'autant plus important dans la mesure où les parties ne peuvent pas l'écarter par l'insertion dans leur contrat d'une clause d'exécution en nature (*v. La décision de Quadrant Visual Communications Ltd v Hutchison Telephone UK Ltd* [1993] BCLC 442). D'ailleurs, la célèbre décision *Co-operative insurance Society Ltd v Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1998] AC 1) est généralement interprétée comme constituant un frein au mouvement favorable à l'exécution forcée en nature en droit anglais.

³⁷⁰ L'art.110 de la *LCC*.

³⁷¹ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 février 2009, référence : CLIC.296131 (Mésententes entre le bailleurs et le locataire) ; Tribunal de base de Wenxian, Henan, 27 septembre 2012, référence : CLIC.1145406 (La forte contestation des tiers sur le titre du terrain loué) ; Tribunal de base de Gushi, Henan, 16 septembre 2009, référence : CLIC.764662 ; Tribunal supérieur de Jilin, 26 juin 2012, référence : CLIC.2229332 ; Tribunal de base de Shenqiu, Henan, 18 novembre 2013, référence : CLIC.2232882.

³⁷² A. Lebois, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », *JCP. G* 2008, I, 210, n°2 : « *La jurisprudence ne définit pas ces obligations ce qui ne facilite pas leur identification. Mais on peut d'ores et déjà dire que celles qui échappent à l'exécution forcée sont rarissimes : les moyens de contrainte indirecte et la faculté de remplacement offerte par l'article 1144 du Code civil permettent presque toujours au créancier d'obtenir l'exécution en nature qu'il recherche* ».

³⁷³ G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil : Les effets de la responsabilité, préc.*, n°17, p.56.

obligations de faire sont susceptibles d'une exécution forcée³⁷⁴. Les exemples emblématiques de ces obligations personnelles concernent principalement le domaine de la propriété intellectuelle où l'empreinte personnelle de l'auteur est tellement présente, ou les obligations découlant de *l'affectio societatis*, ou encore celles touchant la liberté de conscience ou la liberté physique du débiteur³⁷⁵.

En droit chinois, cette notion se comprend d'une manière beaucoup plus souple, dépassant largement les rares hypothèses retenues en droit français³⁷⁶. C'est ainsi que selon une jurisprudence constante, les contrats préparatoires ne peuvent pas être exécutés de manière forcée³⁷⁷, solution qui est fondée précisément sur la nature éminemment personnelle de l'obligation de contracter³⁷⁸. Ensuite, le contrat de bail échappe à la possibilité de l'exécution en nature à l'égard du preneur, pour son caractère personnel³⁷⁹. Il en va de même pour la plupart des prestations de services³⁸⁰. Pour finir, le droit chinois se montre tolérant à l'égard de l'acquéreur d'immeuble qui ne veut plus réaliser l'opération, compte tenu de lourdes conséquences financières pour celui-ci. C'est ainsi que l'obligation

³⁷⁴ Pour des illustrations jurisprudentielles pour ces diverses obligations de faire, v. *ibid.*, n°17, p.56.

³⁷⁵ V. A. Lebois, *art.préc.*, n°8 et s. L'auteur propose des solutions plus nuancées tendant à limiter encore plus le champs d'application de l'article 1142 du Code civil.

³⁷⁶ Ces cas de figure font certainement partie des obligations excluant la possibilité d'exécution forcée en nature. Contrat de société civile ne peut pas être maintenu d'une manière forcée. V. Tribunal intermédiaire de Shangqiu, Henan, 27 août 2012, référence : CLI.C.1469910 ; Une partie ne peut pas être contrainte de créer une société, condition préalable à la cession des parts sociales : Tribunal de base de Putuo, Zhejiang, 29 mai 2008, référence : CLI.C.1672153. Pour un contrat de représentation publicitaire : Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 2 novembre 2011, référence : CLI.C.350476. Le contrat de tournage d'un film : Tribunal de base de Haidian, Pékin, 20 avril 2004, référence : CLI.C.10610.

³⁷⁷ Pour les contrats préparatoires de vente d'immeuble : Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 5 août 2011, référence : CLI.C.807907 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 7 décembre 2010, référence : CLI.C.444997 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 20 octobre 2010, référence : CLI.C.450860 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 22 juillet 2009, référence : CLI.C. 316292 ; Tribunal de base de Luwan, Shanghai, 20 décembre 2010, référence : CLI.C.604006 ; Tribunal de base de Ouhai, Zhejiang, 17 septembre 2010, référence : CLI.C.379565 ; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 23 août 2010, référence : CLI.C.581750 ; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 4 août 2010, référence : CLI.C.583506 ; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 25 février 2010, référence : CLI.C.539401. Pour le pacte de préférence Le nom ainsi traduit est seulement approximatif, et il ne faut pas croire que ces pactes présentent les caractères strictement identiques de celle existant en droit français) : Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 20 octobre 2010, référence : CLI.C.441051 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 3 août 2010, référence : CLI.C.586037 ; Tribunal de base de Changning, Shanghai, 7 janvier 2013, référence : CLI.C.1350368. ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 19 avril 2010, référence : CLI.C.272705. ; Tribunal de base de Zhoushan, Zhejiang, 29 mai 2008, référence : CLI.C.1672153. ; Tribunal intermédiaire de Huainan, Anhui, 3 juillet 2014, référence : CLI.C.3340946 ; Tribunal intermédiaire de Changzhou, Jiangsu, 3 mars 2014, référence : CLI.C.2576842 ;

³⁷⁸ V. Par exemple, Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 3 août 2010, préc.

³⁷⁹ Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 juin 2012, référence : CLI.C.835899 ; Tribunal intermédiaire de Lishui, Zhejiang, 21 octobre 2011, référence : CLI.C.1733079 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 22 juin 2010, référence : CLI.C.446239 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 27 août 2009, référence : CLI.C.474146 ; Tribunal de base de Putuo, Shanghai, 12 avril 2012, référence : CLI.C.1031800 ; Tribunal de base de Xishan, Jiangsu, (2013)Xi civ. N°0061 ; Tribunal de base de Zhabei, Shanghai, 24 décembre 2010, référence : CLI.C.937006 ; Tribunal de base de Pingyu, Henan, 15 mai 2010, référence : CLI.C.749816 ; Tribunal intermédiaire de Changzhou, Jiangsu, 15 juin 2011, référence : CLI.C.1926545. ; Tribunal de base de Xishan, Jiangsu, 16 décembre 2013, référence : CLI.C.2341587 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 juin 2012, référence : CLI.C.985610 ; Tribunal intermédiaire de Changzhou, Jiangsu, 12 juillet 2013, référence : CLI.C.2030600. ; Tribunal supérieur de Hubei, 21 mai 2008, référence : CLI.C.134731. C'est sans doute parce que le droit chinois n'accorde pas un droit parallèle de résiliation unilatérale au profit du locataire ou le preneur à bail commercial, comme c'est le cas pour le droit français

³⁸⁰ Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 11 avril 2013, référence : CLI.C.1753857 (Contrat de construction) ; Tribunal de base de Wulong, Chongqing, 17 septembre 2013, référence : CLI.C.2116292 (contrat de nettoyage) ; Tribunal supérieur de Pékin, 19 décembre 2013, référence : CLI.C.214120 (contrat de tournage d'un film) ; Tribunal de base de Wulong, Chongqing, 17 septembre 2013, référence : CLI.C.2116282 (contrat de mandat) ; Tribunal de base de Jiashan, Zhejiang, 10 février 2012, référence : CLI.C.1837356 (contrat de construction).

d'obtention du prêt bancaire³⁸¹ ou encore l'obligation de recevoir le bien et payer le prix ne sont pas susceptibles d'exécution forcée³⁸².

77. Le droit chinois reconnaît des limites à l'exécution forcée en nature qui sont inconnues du droit français En droit français, la prononcée d'exécution en nature n'est pas subordonnée à son coût raisonnable. C'est ainsi qu'à plusieurs reprises, la jurisprudence autorise cette sanction alors qu'elle entraîne des lourdes conséquences pour le débiteur³⁸³ ou pour les tiers³⁸⁴, même si une partie de la doctrine propose de faire de l'abus de droit de créance une limite à l'obtention de l'exécution forcée³⁸⁵.

Le droit chinois adopte ici une attitude contraire, en prenant compte de cette dimension économique. L'exécution forcée se voit écartée si elle est extrêmement onéreuse³⁸⁶. Selon une jurisprudence bien établie, l'exécution en nature est dite déraisonnable lorsque les dépenses du débiteur dépassent les profits que pourrait tirer le créancier d'une telle exécution³⁸⁷. Ce critère se distingue à la fois de celui retenu par les PEDC qui ne regarde que du côté du débiteur³⁸⁸, et de celui fondé sur l'abus de droit, qui exige un manque d'intérêt de la part du créancier pour en déduire sa mauvaise foi. Pour les juges chinois, l'important est de veiller à ce que l'exécution en nature ne crée pas de gaspillage

³⁸¹ Tribunal de base de Jiangbei, Chongqing, (2013) Jiang civ. N°05494.

³⁸² Tribunal de base de Ouhaï, Zhejiang, 17 septembre 2010, référence : CLI.C.379565.

³⁸³ Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, n° 03-21136 ; Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, n°00-16015 ; Cass 1^{re} civ. 3 décembre 1962, Bull I, n°511 ; Civ 1^{re} civ., 26 juin 1967, D. 1967, p.673 ; Civ 3^e civ., 9 décembre 1970 ; Bull. III, n°683 ; Soc., 24 janvier 1979, Bull. V. n°67 ; Civ 3^e, 18 novembre 1980 ; Bull. III, n°10 ; Civ., 3^e civ., 13 octobre 1981, III, n°152 ; Civ 3^e, 17 janvier 1984, III, n°10 ; Civ 3^e, 24 octobre 1990, Bull.civ. III, n°201 ; Civ 3^e, 25 janvier 1995, III, n°29 ; Contra Civ 1^{re} civ, 19 novembre 1996, RTD.Civ. 1997, p.156, p.437. Civ. 1^{re}, 14 octobre 1964, D.1964, p.710 ; Civ 3^e, 3 avril 1996, Bull.civ. 1996, III, n°91. Civ 3^e, 15 février 1978, III, n°85 ; Civ 3^e, 23 mai 1978, III, n°213 ; Civ 3^e, 19 mai 1981, 101.

³⁸⁴ Cass. 3^e civ., 3 avril 1996, Bull. civ. III, n° 91 : « *Attendu que, pour décider que l'obligation de la SCI à l'égard de M^{me} Giudicelli, sur le fondement de l'article 1723 du Code civil, doit se résoudre en dommages-intérêts, l'arrêt retient que la demande de la locataire est justifiée en son principe, mais qu'une démolition des constructions aurait des conséquences hors de proportion avec les données et la dimension du litige, qu'elle conduirait à la destruction d'une dizaine de boutiques tenues par des commerçants étrangers à la procédure et apporterait un préjudice à d'autres locataires de boutiques pendant les travaux de remise en état (...)* ».

³⁸⁵ V. par exemple, G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op.cit.*, n°20-1, pp.781-782 : « *En effet, il arrive que l'exécution en nature soit extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt. N'est-t-il pas alors abusif, de la part de celui-ci, de l'exiger alors qu'une condamnation à dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un coût beaucoup plus réduit ? A priori, rien ne paraît s'opposer à la mise en œuvre de ce mécanisme de contrôle de l'exercice des droits subjectifs qui possède, en droit français, un domaine d'application très large. Pourtant, la Cour de cassation ne l'utilise pratiquement jamais dans ce domaine (...)* ».

³⁸⁶ Tribunal supérieur de Gansu, 25 avril 2013, référence : CLI.C.1776834 ; Tribunal intermédiaire de Nantong, Jiangsu, 6 septembre 2012, référence : CLI.C.1898827 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 mars 2012, référence : CLI.C.992874 ; Tribunal de base de Fengze, Fujian, 12 octobre 2011, référence : CLI.C.847202 ; Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 11 avril 2011, référence : CLI.C.1935440 ; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 18 juin 2009, référence : CLI.C.177192 ; Tribunal supérieur de Sichuan, 13 janvier 2014, référence : CLI.C.2929175.

³⁸⁷ Tribunal de base de Yueyanglou, Hunan, 10 juin 2009, référence : CLI.C.1320308 ; Tribunal de base de Guxian, Henan, 16 septembre 2009, référence : CLI.C.764662 ; Tribunal intermédiaire de Nanjing, 6 septembre 2004, référence : CLI.C.67440.

³⁸⁸ V. Art. 9 :102 : « *Toutefois, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque (...) (b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables* ».

économique pour la société³⁸⁹. Dans une décision emblématique³⁹⁰, le bail commercial a été résolu alors que le locataire ne commettait aucune faute, dans la mesure où le maintien du bail constituerait un obstacle à la réorganisation du centre commercial, créant ainsi un coût excessif pour la société.

Ensuite, la demande échouera si les juges considèrent que celle-ci n'est pas intervenue dans un délai raisonnable³⁹¹. La notion de « *délai raisonnable* » demeure floue et les juges jouissent en la matière d'une grande marge de manœuvre. Cette règle est souvent sollicitée pour protéger le débiteur défaillant contre le surcoût engendré par une demande tardive³⁹².

Outre ces deux exceptions légales, la jurisprudence est parfois allée plus loin pour prolonger la liste. Ainsi, l'exécution forcée en nature est parfois écartée à cause de l'imprécision des termes du contrat³⁹³. Dans une autre décision³⁹⁴, le tribunal a considéré que dans la vente, seuls les corps certains sont susceptibles d'une exécution en nature, car il est toujours possible pour l'acheteur d'obtenir les choses du genre sur le marché et fait supporter au débiteur le prix d'achat. On retrouve ici la logique de Common Law en la matière³⁹⁵.

78. Conclusion : Utilité réduite des arrhes-résolution en droit chinois À l'issue de cet inventaire jurisprudentiel, il faut conclure que l'exécution forcée en nature connaît beaucoup d'obstacles dans sa mise en œuvre en droit chinois. L'intérêt pratique des arrhes-résolution est donc extrêmement réduit. Ce qui explique sans doute sa place résiduelle dans la vie juridique.

³⁸⁹ Ce motif se trouve expressément visé par un arrêt du Tribunal supérieur de Zhejiang, 5 mai 2011, référence : CLI.C.426856.

³⁹⁰ Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 6 septembre 2004, référence : CLI.C.67440.

³⁹¹ Tribunal intermédiaire de Taizhou, Zhejiang, 22 avril 2011, référence : CLI.C.1512984 ; Tribunal intermédiaire de Zhuzhou, Hunan, 16 août 2010, référence : CLI.C.1270216 ; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 19 avril 2013, référence : CLI.C.1962355 ; Tribunal de base de Suyu, Jiangsu, 11 juin 2014, référence : CLI.C.3043114 ; Tribunal de base de Jiyuan, Henan, 3 juillet 2014, référence : CLI.C.3352012 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 20 octobre 2008, référence : CLI.C.324808 ; Tribunal intermédiaire de Zhuzhou, Hunan, 16 août 2010, référence : CLI.C.1270216.

³⁹² C'est la position des *PDEC*. v. les commentaires de L'art. 9:102. Cette justification est très présente dans les hypothèses où le prix du bien varie considérablement selon les différentes périodes V., Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 13 août 2012, référence : CLI.C.1900381 (Pour le commerce de bronze) ; Tribunal supérieur de Chongqing, 16 mai 2011, référence : CLI.C.426856.

³⁹³ Tribunal de base de Zhabei, Shanghai, 9 août 2010, référence : CLI.C.936987.

³⁹⁴ Tribunal de base de Shayibake, Xinjiang, *préc.*

³⁹⁵ Pour une explication de cette logique, v. nota., S. Whittaker, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *préc.*

§2 Renforcement des relations contractuelles des parties, fonction réservée au droit chinois

79. La fonction comminatoire des arrhes est propre au droit chinois. Dans ces hypothèses, la somme versée d'avance a pour fonction, soit de garantir la conclusion définitive du contrat, soit d'assurer sa bonne exécution. Dans le premier cas, on est en présence des arrhes-promesse (A) ; dans la seconde hypothèse, il s'agit au contraire des arrhes-exécution (B).

A Les arrhes ayant pour fonction de garantir la conclusion définitive du contrat – Les arrhes-promesse

80. **La définition des arrhes-promesse** Les arrhes-promesse sont définies en droit chinois comme une variété d'arrhes ayant pour but d'assurer la conclusion définitive du contrat. Comme les arrhes-résolution, la définition est fournie par l'Interprétation judiciaire de la CPS sur la LCS : « *Lorsque les arrhes sont stipulées, conformément à la volonté des parties, afin d'assurer la conclusion du contrat principal, celui qui verse les arrhes ne peut pas les récupérer s'il refuse de conclure le contrat. Dans le cas où le refus provient de l'autre partie, celle-ci est tenu de restituer le double* »³⁹⁶.

81. **Les arrhes-promesse supposent l'absence du contrat définitif** Par définition, les arrhes-promesse sont versées avant la conclusion du contrat définitif. On se situe dans une période précontractuelle³⁹⁷. En effet, pour identifier les arrhes-promesse, les juges vérifient notamment l'existence ou non d'un contrat principal³⁹⁸. La grande imprécision sur les éléments essentiels du contrat peut être prise en compte comme un élément pertinent³⁹⁹. Cet indice est pourtant rarement employé, puisque le

³⁹⁶ L'article 115 de ladite Interprétation

³⁹⁷ C'est pour cela qu'on a utilisé le terme « *arrhes-promesse* ».

³⁹⁸ Tribunal de base de Changning, Shanghai, 30 septembre 2013, (2012) 长民三 (民) 再重字第2号.

³⁹⁹ Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 25 décembre 2010, référence : CLI.C.459647 ; Tribunal intermédiaire de Jiangsu, 21 novembre 2011, référence : CLI.C.1923464.

droit chinois admet facilement l'existence du contrat malgré l'imprécision de ses termes⁴⁰⁰. L'absence du contrat définitif est déduite le plus souvent de la présence d'un contrat préliminaire (*Yuyue*). La vente d'immeuble constitue le domaine de prédilection pour les arrhes-promesse, matière où la pratique des contrats préliminaires est particulièrement répandue⁴⁰¹. En dehors de ce cas de figure, la qualification d'arrhes-promesse sera retenue si les parties se mettent d'accord pour conclure un contrat dans l'avenir⁴⁰². Il en va ainsi lorsque les parties précisent que la négociation ne commencera qu'après la remise effective des arrhes⁴⁰³.

82. Le sort du contrat définitif est indifférent pour celui des arrhes-promesse

Les arrhes-promesse deviennent efficaces à compter de leur remise effective⁴⁰⁴, ce qu'affirme la jurisprudence à plusieurs reprises⁴⁰⁵. Deux conséquences logiques en découlent. En premier lieu, l'efficacité des arrhes-promesse n'est pas subordonnée à la conclusion du contrat définitif⁴⁰⁶. Ensuite, l'annulation du contrat principal n'a pas d'incidence sur la validité du mécanisme d'arrhes. Ainsi, une série de décisions ont été rendues à propos de la vente d'immeuble d'autrui⁴⁰⁷. La position des tribunaux est extrêmement ferme : le vice du contrat principal ne compromet pas l'efficacité de la

⁴⁰⁰ V., *infra.*, n°94 et s.

⁴⁰¹ Pour quelques illustrations parmi tant d'autres : Tribunal de base de Canghai, Fujian, 26 août 2013, référence : 1782586 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 1^{er} août 2013, référence : 1953401 ; Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 15 mai 2013, référence : 1754241 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 28 février 2013, référence : CLI.C.2052390 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 6 octobre 2012, référence : CLI.C.1369295.

⁴⁰² CPS, 21 avril 2011, référence : CLI.C.1776908. Les parties précisent la date exacte ainsi que les procédures pour conclure le contrat de cession d'actions. Tribunal intermédiaire de Zhuzhou, Hunan, 3 mai 2011, référence : CLI.C.414650. Il n'est pas nécessaire que cette date pour conclure le contrat projeté soit fixée par les parties. V. Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 21 septembre 2010, référence : CLI.C. 301526. L'important c'est que les parties se mettent d'accord sur la nécessité de conclure un contrat futur, même si elles désignent l'acte préparatoire comme un « contrat définitif ». v. Tribunal intermédiaire de Dongying, Shandong, 23 mars 2002, référence: CLI.C.117932.

⁴⁰³ Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, référence : CLI.C.26302.

⁴⁰⁴ Sur le caractère réel de la convention d'arrhes en droit chinois, nous le traitera à propos des arrhes-formation.

⁴⁰⁵ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 14 février 2011, référence : CLI.C.450564 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 janvier 2011, référence : CLI.C.358601 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 10 mars 2010, référence : CLI.C.303997.

⁴⁰⁶ Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 17 novembre 2009, référence : CLI.C.471656. Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 7 avril 2013. Il faut néanmoins relever certains arrêts contestables qui méconnaissent ce principe évident. À titre d'illustration, référence : CLI.C.230746. Le juge considère que l'efficacité de la stipulation d'arrhes est subordonnée à la formation du contrat principal. Dans le même sens, Deuxième Tribunal intermédiaire de Pékin, 20 septembre 2011, référence : CLI.C.413027.

⁴⁰⁷ En droit chinois, la vente de la chose d'autrui n'est pas une cause de nullité pour le contrat. La doctrine le désigne sous le nom du contrat à effet aléatoire (*Xiaoli Daiding Hetong*) dont l'efficacité dépend de la confirmation du propriétaire véritable. À défaut, l'acte peut être régularisé par l'acquisition de la propriété par le vendeur. L'art. 3 de L'interprétation judiciaire de la CPS sur la vente (10 mai 2012) dispose que « *Le tribunal populaire ne peut pas recueillir la demande de la nullité du contrat demandée par l'une des parties au motif que le vendeur n'avait, lors de la conclusion du contrat, pas la propriété ni un pouvoir de disposition sur la chose objet de la vente* ».

convention d'arrhes⁴⁰⁸, qui a toute vocation à s'appliquer si les conditions sont réunies.

83. La cause de l'exigibilité de la somme L'autonomie de la convention d'arrhes par rapport au contrat principal s'explique par la finalité de cette clause, qui est de garantir la conclusion de ce dernier. Or, comme nous le verrons plus loin⁴⁰⁹, tout échec de la négociation précontractuelle ne déclenche pas le mécanisme de perte ou de double restitution. La cause d'exigibilité des arrhes, c'est la non-conclusion du contrat imputable à l'une des parties.

B Les arrhes ayant pour fonction d'assurer la bonne exécution du contrat – Les arrhes-exécution

84. La définition des arrhes-exécution L'article 89 de la LCS⁴¹⁰, traite les arrhes-exécution dans des termes suivants :

« Selon les prévisions de leur contrat, une partie peut verser des arrhes à l'autre en vue de garantir l'exécution du contrat. Lorsque le contrat est exécuté, les arrhes sont restituées, à moins qu'elles ne se soient imputées sur le prix.

« Celui qui a versé les arrhes les perdra s'il n'exécute pas le contrat, mais la somme lui sera restituée au double par celui qui l'a reçue si l'inexécution est le fait de ce dernier ».

Il ressort de ce texte que ladite convention a pour but de garantir la bonne exécution du contrat. Il ne suffit pas que le contrat soit exécuté, encore faut-il que cette exécution soit conforme aux prévisions des parties. En d'autres termes, le jeu des arrhes a vocation à intervenir aussi bien pour une inexécution pure et simple, que pour une exécution défectueuse.

⁴⁰⁸ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 28 février 2013, référence : CLI.C.2052405 ; Tribunal de base de Zhengyang, Henan, 13 décembre 2012, référence : CLI.C.14556669 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 mai 2012, référence : CLI.C.989490 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 24 mai 2011, référence : CLI.C.482424 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 avril 2010, référence : CLI.C.443583 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 20 janvier 2009, référence : CLI.C.338524 ; Tribunal intermédiaire de Chengdu, 2 avril 2008, référence : CLI.C.108389 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 14 juin 2007, référence : CLI.C.173356. V. cependant, Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 janvier 2009, référence : CLI.C.471656. Le tribunal distingue ici la conclusion de la convention d'arrhes ainsi que son efficacité, et a soumis cette dernière à la validité du contrat principal. Ce raisonnement est sans doute contestable. C'est cette opinion retenue par un tribunal de base, qui est ensuite censurée par le tribunal intermédiaire de Quanzhou, Fujian, par un arrêt rendu le 29 mai 2006, référence : CLI.C.78977.

⁴⁰⁹ V. *infra.*, n°226 et s.

⁴¹⁰ Le texte a été repris par la LCC dans son article 115.

85. La convention d'arrhes-exécution est le modèle légal en droit chinois En effet, cette variété occupe une place particulière en droit chinois, car elle est la seule qui se trouve règlementée par les textes législatifs. Autrement dit, les arrhes-exécution constituent le modèle légal en droit chinois, qui se traduit de deux manières.

D'abord, les juges développent une présomption simple au profit des arrhes-exécution lorsque les parties n'ont pas précisé leur nature juridique⁴¹¹. Parfois, les juges vont jusqu'à imposer la qualification d'arrhes-exécution alors même que la volonté contraire des parties ne fait pas de doute⁴¹².

Ensuite, les arrhes-exécution fournissent aux autres variétés d'arrhes un régime juridique de référence, qui est minutieusement règlementé par la LCS⁴¹³ ainsi que par son interprétation judiciaire⁴¹⁴. En réalité, le nombre des règles traitant directement les trois types d'arrhes « *subsidiaries* » est extrêmement réduit. Face à cette lacune, la jurisprudence leur fait appliquer les règles initialement prévues pour les arrhes-exécution.

Section II Réflexions sur les divergences fonctionnelles des arrhes en droit chinois et en droit français

86. Le moment est venu pour mettre en lumière les causes profondes qui expliquent la divergence fonctionnelle des arrhes dans les deux pays. Il y a

⁴¹¹ Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 13 novembre 2012, référence : CLI.C.1763521; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 11 mars 2009, référence : CLI.C.1638608; Tribunal supérieur de Gansu, 16 janvier 2012, référence : CLI.C.1763194; Tribunal intermédiaire de Putian, Fujian, 9 juillet 2014, référence : CLI.C.3375814.

⁴¹² Qualifier des arrhes-formation en arrhes-exécution : Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 1 novembre 2010, référence : CLI.C.355601; Tribunal intermédiaire de Liiuzhou, Guangxi, 10 décembre 2012, référence : CLI.C.1169855; Tribunal de base de Beipei, Chongqing, 17 octobre 2014, référence : CLI.C.2558230; Tribunal intermédiaire de Nantong, 7 juillet 2014, référence : CLI.C.3375814; Qualifier des arrhes-promesse en arrhes-exécution : Tribunal de base de Zhengyang, Henan, 13 décembre 2012, référence : CLI.C.1456669; Tribunal de base de Pengjiang, Guangdong, référence : CLI.C.3431472; Qualifier des arrhes-résolution en arrhes-exécution, Tribunal de base de Xuhui, Shanghai, 29 janvier 2014, référence : CLI.C.2339604.

⁴¹³ Les articles 89 à 91.

⁴¹⁴ Les articles 118 à 122.

certainement des explications juridiques (§1), mais les explications historiques et culturelles peuvent aussi être avancées (§2).

§1 Les explications juridiques

Nous proposons deux pistes d'explications : l'une théorique, à savoir la vision différente du contrat dans les deux pays (A), et l'autre d'ordre pratique, le besoin particulier d'une société dans laquelle les arrhes sont appelées à produire leurs effets juridiques (B).

A La vision différente du contrat dans les deux pays

87. Si les relations contractuelles peuvent être trouvées dans toutes sortes de sociétés⁴¹⁵, la définition du contrat ne fait pas d'unanimité. Il n'existe pas de notion pure du contrat⁴¹⁶, indépendamment des « *idées philosophiques et économiques prévalent à une époque donnée* »⁴¹⁷ et des contextes sociaux et politiques caractéristiques des différents pays du monde.

Paradoxalement, la spécificité de la notion du contrat en droit chinois contemporain est occultée par la définition légale⁴¹⁸ et les écrits doctrinaux des juristes chinois. Si nous nous appuyons exclusivement sur ses sources, il faut alors constater que la particularité du contrat chinois tient à sa vulnérabilité vis à vis des considérations politiques ou sociales. Cette vision des choses est sans doute contestable. Elle empêche de déceler, au-delà des contingences contextuelles, une

⁴¹⁵ N. Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988, n°158-159.

⁴¹⁶ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, puf, 2011, p.413.

⁴¹⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°18, p.31.

⁴¹⁸ L'article 2 alinéa 1 de la LCC donne la définition dans des termes suivants : « *Un contrat, au sens de la présente loi, est un accord conclu entre des personnes physiques, des personnes morales ou d'autres organisations de statut égal sur la formation, la modification, l'extinction des liens de droits et d'obligations civils* ». (Cette traduction est fournie par F. Constant, Ch. Lopez, *Le droit chinois*, Connaissance du droit, Dalloz, 2013, p.65).

vision **juridique** du contrat à la chinoise qui n'est pas celle que retiennent habituellement les pays occidentaux.

Or, cette vision différente du contrat trouve sa traduction dans le droit positif chinois, à travers des textes législatifs et des pratiques judiciaires. Il nous revient de la mettre en lumière à partir de ces données positives du droit.

En droit français, le contrat peut être défini comme « *un accord de volonté en vue de produire des effets juridiques* »⁴¹⁹. Ces effets juridiques renvoient notamment aux obligations contractuelles. Dès lors, la tradition du droit français consiste à traiter le contrat comme une source d'obligation, à l'instar de la loi ou du délit⁴²⁰. On peut ainsi qualifier le contrat en droit français comme le « *contrat-source* »⁴²¹.

Le droit chinois prend une approche différente pour définir le phénomène contractuel. Il met l'accent sur la relation nouée entre les deux parties. Cette relation a ceci de particulier qu'elle est destinée à produire des effets juridiques. Par conséquent, nous proposons de qualifier ce contrat en droit chinois comme le « *contrat-relation* »⁴²².

Cette distinction entre le « *contrat-source* » et le « *contrat-relation* » est riche de conséquences juridiques. On en retient trois principales : le rôle de la volonté (1), le facteur temps dans le contrat (2), et la dimension sociale de la convention (3).

1° *Le rôle de la volonté*

88. Tandis que la volonté occupe une place centrale dans la conception du « *contrat-source* » (a), celle-ci n'a qu'une valeur relative sous l'empire d'une vision relationnelle du contrat (b).

a) La volonté occupe une place centrale dans la conception du « contrat-source »

⁴¹⁹ Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence, Société de législation comparée, 2008, p.19 .

⁴²⁰ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat, T.1 : Le contrat – Le consentement*, 4^e éd., 2013, n°2, p.2.

⁴²¹ L'expression est empruntée de L. Aynès, même si l'auteur l'a utilisée dans un contexte différent. V., L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, n° 8 et s. spéc. N° 34 : « *toute dissociation entre le contrat-source et l'obligation-objet est illusoire* ».

⁴²² Là encore, l'expression a d'abord été utilisée par Mme J. Rochfeld v., J. Rochfeld, « la rupture efficace », in *Droit et économie des contrats*, Sous la direction de Christophe Jamin, 2008, p.171 et s.

89. L'accord de volonté comme procédure créatrice de l'obligation En France, le contrat est généralement étudié en tant que source d'obligation. La différence entre le contrat et la loi ne se situe donc pas du côté des effets juridiques : la norme contractuelle est obligatoire pour les parties au même titre d'une disposition légale⁴²³. En d'autres termes, la particularité du contrat « *ne se situe donc pas en aval, dans le but ou l'objet des règles qu'il pose. Elle réside dans la procédure qui aboutit à poser ces règles* »⁴²⁴. Cette procédure, c'est bien l'accord de volonté des parties. On comprend ainsi que « *l'élément central de cette approche réside dans la volonté de ce celui qui s'oblige et le respect de la parole ainsi donnée* »⁴²⁵.

Le fondement de la force obligatoire du contrat a suscité un débat doctrinal bien connu en droit français. L'école de l'autonomie de la volonté rattache cette force obligatoire à la toute-puissante volonté individuelle⁴²⁶. La thèse a été vivement critiquée par la suite⁴²⁷, et cette vision purement volontariste du contrat est largement abandonnée par les auteurs contemporains. La force obligatoire du contrat résulte d'un accord conforme au droit objectif⁴²⁸. Monsieur Ghestin a proposé une alternative plus fine en fondant la force obligatoire du contrat sur le juste et l'utile de celui-ci⁴²⁹. Quoi qu'il en soit, ce débat n'affecte pas l'importance juridique de la volonté individuelle dans l'ordre juridique français.

90. L'accord de volonté et le contenu du contrat Selon « *une tradition française d'obsession de la légitimité des pouvoirs analysée à partir de la source de ceux-ci, (...), si la source du pouvoir juridique est légitime, la juridicité est pleine* ». Par conséquent, il faut que l'accord porte sur la totalité du contenu de celui-ci. Le contrat ne devient la source d'une obligation « *que lorsqu'il atteint sa perfection* »⁴³⁰, et il n'y a peu de place pour un « *accord (délibéré) incomplet* »⁴³¹. Ainsi, la

⁴²³ Il suffit de lire l'article 1134 alinéa 1 du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

⁴²⁴ J. Ghestin, « La notion du contrat », *D.* 1990, 147.

⁴²⁵ *Terminologie contractuelle commune, op.cit.*, p.19

⁴²⁶ J. Rochfeld, *op.cit.*, p.417 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op.cit.*, n°181 et s.

⁴²⁷ Pour une table complète de ces critiques, v. . Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op.cit.*, 199 et s.

⁴²⁸ Le propos de Kelsen illustre parfaitement cette idée. Selon l'auteur, « *la 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 juges à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur* ». (H. Kelson, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, §13, p.47.)

⁴²⁹ J. Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, *APD*, 1981, t.26, p.41 : « *C'est finalement la recherche, par le droit objectif, de l'utile et du juste, qui justifie la force obligatoire du contrat, et qui, du même coup, en fixe les conditions et les limites, autrement dit le régime du contrat, dans son ensemble* ».

⁴³⁰ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Bibliothèque de droit privé, T. 253 ; 1997, N°152, 146.

⁴³¹ H. Muir Watt, « Du contrat relationnel », in *La relativité du contrat*, *TAHC*, 2001, p.173.

jurisprudence exige que l'offre soit à la fois ferme et précise et n'admet la formation du contrat que si l'accord des parties porte sur les éléments essentiels du contrat⁴³².

Lorsque l'ambiguïté des termes d'une clause contractuelle rend nécessaire une interprétation, le juge du fonds doit chercher souverainement l'intention commune des parties⁴³³, même si une telle intention commune n'est qu'une « *fiction juridique* »⁴³⁴ dans de nombreuses affaires.

91. L'accord de volonté garantit la force obligatoire des termes contractuels

L'accord des parties donne au contrat une force contraignante entre elles à condition que cela soit conforme au droit objectif. Si le droit français se montre toujours réticent à admettre la validité de l'acte unilatéral, il ne fait pas obstacle à l'insertion des prérogatives unilatérales lorsque celles-ci ont fait l'objet d'un accord préalable⁴³⁵. Ainsi, la validité du dédit ne fait pas de doute pourvu que cette clause fasse l'objet d'un commun accord. Le droit français crée de ce fait un contexte favorable pour le développement de la fonction de repentir.

b) La valeur relative de la volonté sous l'empire d'une vision relationnelle du contrat

92. Le contrat-relation et le contrat relationnel Il convient de ne pas confondre la notion de contrat-relationnel, tel qu'il résulte des écrits doctrinaux de Ian R. Macneil⁴³⁶, et celle de contrat-relation que nous retenons ici. La parenté entre ces deux notions est certes indéniable. Il est argué par certains auteurs que Macneil s'inspire largement de la conception asiatique du contrat pour construire sa propre théorie⁴³⁷. Il n'en demeure pas moins que l'approche de Macneil est celle d'une

⁴³² *GAJC*, T.2, n°145.

⁴³³ L'article 1156 du Code civil.

⁴³⁴ L. Constans, Une fonction juridique : la « commune intention des parties », in *Mélange*, p.19 et s., *spéc.*, p.20 : « Le procès démontre donc, par son existence même, que le contrat a été, sur certains au moins, non le fruit d'une commune intention mais celui d'un malentendu. Le droit commande donc au juge de décider en se référant à quelque chose qui n'a pas existé et que chaque plaideur invoque, de manière contradictoire, à son profit ».

⁴³⁵ À propos de la faculté de résiliation unilatérale. V., H.L., J.Mazeaud, F. Chabas, *Les obligations*, p.860, §727 : « Les parties peuvent avoir convenu d'avance que la volonté d'une seule des parties mettra fin au contrat. On se trouve pas ici en présence d'une exception au principe de l'article 1134 du Code civil, puisque la résiliation unilatérale est prévue au contrat : c'est la volonté commune qui permettait à l'une des parties de résilier sous certaines conditions ».

⁴³⁶ Les principaux articles de Ian R. Macneil : « The many features of contracts », *Southern California Law Review*, 1974, vol. 47, p.691 et s., « Relational contracts : What we do and do not know », *Wisconsin Law Review*, 1985, p.483 et s., « Reflections on relational contract », *Journal of institutional and theoretical economics*, 1985, p.541 et s. ; *The new social contract : an inquiry into modern contractual relations*, New Haven, Yale University Press, 1980.

⁴³⁷ La comparaison se fait généralement entre la notion du contrat relationnel et le contrat au Japon. Corinne Boismain, *Les contrats relationnels*, préface M. Fabred-Magnan, PUAM, 2005, n°110 et s., p.88 et s., Alain Soupiot, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, pp. 141-142 : « Les valeurs propres de la culture japonaise ont elles aussi essimé dans l'esprit des Occidentaux à la faveur des échanges internationaux. Ce modèle japonais trouve aussi son écho dans le domaine juridique, avec la théorie relationnelle des contrats, qui a fait ces derniers temps l'objet de

diversification : il distingue deux catégories du contrat, le contrat relationnel et son corollaire, le contrat discret⁴³⁸, pour leur attribuer un régime juridique différent. Cette entreprise est pour son auteur une réaction contre la « *crise du contrat* »⁴³⁹. Le défaut majeur de cette théorie réside dans son impossibilité de fournir un critère opérationnel de distinction⁴⁴⁰. Au lieu de donner une définition unique au contrat relationnel, Macneil a proposé 12 critères cumulatifs⁴⁴¹. Il est donc évident que ce système est à la fois complexe et impraticable. Les autres solutions proposées par les partisans de cette théorie ne sont pas non plus performantes⁴⁴². L'explication d'un tel échec est très simple : la dimension relationnelle est un élément commun à tout contrat⁴⁴³, de sorte que le prétendu ' contrat discret ' ne relève qu'une pure « *fiction* »⁴⁴⁴.

Or, le contrat-relation que nous proposons dans cette étude ne vise pas une catégorie du contrat. Au contraire, il s'agit d'une nouvelle définition du contrat d'ordre général.

En droit chinois, le contrat désigne avant tout une relation juridique entre les parties. Toute relation ne peut pas être qualifiée comme un contrat. Sa spécificité réside dans le but poursuivi, c'est à dire la création des effets juridiques, en particulier des obligations. Ainsi, le contrat-relation peut être définie comme les relations entre deux parties en vue de créer des effets juridiques.

93. Une apparente parenté entre le contrat-relation et le contrat-source Si en droit français, la doctrine utilise depuis longtemps les expressions du « *contrat* » et de

nombreuses réflexions, notamment aux Etats-Unis. Cette théorie rend compte de l'importance prise dans la pratique des affaires par des accords-cadres qui organisent sur le long terme un rapport de coopération à l'intérieur duquel viennent prendre une série de contrats d'échange. Le contrat relationnel noue un lien souple et durable, que le jeu des prestations réciproques vient nourrir et non résoudre. Ne peut-on voir dans ces derniers cri de l'ingénierie juridique occidentale un avatar des manières orientales de s'accorder, une transposition de la culture de giri ? »

⁴³⁸ L'expression est critiquée par Corinne Boismain, à cause de l'ambivalence du mot « discret » en langue française. Il lui préfère l'expression de « contrat impersonnel ». V., C. Boismain, *op.cit.*, n°17, pp.28-29.

⁴³⁹ Ibid., n°67 et s., p.63 et s., p.82 : « Selon lui, la crise du contrat serait la conséquence du fait que la théorie classique part du principe que les contrats sont complets et impersonnels, alors que la pratique a montré qu'ils sont souvent usuellement incomplets et pas toujours conclus entre deux étrangers ».

⁴⁴⁰ Y. Lequette, Retour sur le solidarisme : « Le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges J. Hauser*, 2012.

⁴⁴¹ Pour une présentation de ces douze critères, v., C. Boismain, *op.cit.*, n°182 et s.

⁴⁴² Pour le critère unique de la durée ainsi que son défaut, v., C. Boismain, n°199 et s., p.155 et s. Cet auteur a proposé dans sa thèse un autre critère : la difficulté à trouver un partenaire équivalent, *ibid.*, n°209 et s., p.165 et s., n°209, p.166 : « En résumé, lorsque les critères sont du côté relationnel de l'axe, les parties sont peu enclins à quitter la relation, et ce parce qu'elles obtiennent des avantages qu'elles ne pourraient pas obtenir avec un autre partenaire. C'est pourquoi, nous considérons qu'un contrat sera relationnel lorsqu'il sera difficile pour au moins une partie de trouver un partenaire équivalent ». Une telle proposition ne nous semble pas non plus pertinente. Lorsque la vendeur a proposé de vendre son tableau, en toute connaissance de cause, à un prix séduisant, l'acheteur peut aussi être réticent à rompre la relation avec ce vendeur, et ce parce qu'il aurait du mal à trouver un partenaire équivalent qui lui propose un prix pareil. Doit-on admettre que ce contrat de vente est un contrat relationnel ?

⁴⁴³ H. Muir Watt, « Du contrat relationnel », in *La relativité du contrat, TAHC*, 2001., p.176 : « En premier lieu, il me semble que la dimension relationnelle se faisant incontestablement sentir dans toutes sortes de contrat, sans que l'on puisse proposer de celles-ci un critère juridique opérationnel, il faut renoncer à définir un régime dérogatoire, propre à certains contrats ». Dans le même sens, Y.-M. Laitier, *art. préc.*

⁴⁴⁴ Y.-M. Laitier, *art. préc.*

« *relation contractuelle* » de manière indifférente⁴⁴⁵, cette dernière est en train de devenir une notion autonome grâce à l'introduction en France de la doctrine américaine du « *contrat relationnel* »⁴⁴⁶, ainsi qu'aux apports législatifs à une époque récente⁴⁴⁷. L'approche qui réduit le contrat à sa seule fonction de créer des obligations est largement dénoncée par les auteurs contemporains⁴⁴⁸, et la dimension relationnelle a connu une réévaluation remarquable en droit français⁴⁴⁹. À partir du moment où le droit français intègre la relation dans la définition du contrat⁴⁵⁰, on aurait tendance à minimiser la différence entre le contrat-relation et le contrat source. À cela s'ajoute la difficulté pratique de bien distinguer les deux composantes relation et obligation au sein du contrat⁴⁵¹.

94. Le rôle de la volonté dans la création du lien contractuel en droit chinois

L'assimilation des deux visions du contrat est pourtant contestable. La différence porte d'abord sur l'objet du consentement des parties. Comme on l'a déjà vu, en droit Français, l'accord de volonté porte sur les éléments essentiels du contrat. Or, en droit chinois, il semble que cet accord porte sur le contenant et non pas le contenu du contrat. En d'autres termes, sous l'empire de la conception du contrat-relation, la convention est née à partir du moment où les parties décident de s'engager contractuellement. Ainsi, pour être efficace, l'offre de contracter doit être ferme⁴⁵², à défaut de quoi la proposition sera requalifiée en une simple invitation à entrer en pourparlers⁴⁵³. Pour être efficace, l'acceptation ne doit pas comporter des modifications substantielles par rapport à l'offre initiale. La modification est dite substantielle lorsqu'elle porte sur « *l'objet du contrat, la qualité ou la quantité de la chose convenue, le prix ou le paiement, l'échéance de l'exécution, le lieu d'exécution,*

⁴⁴⁵ *Terminologie contractuelle commune*, op.cit., p.55.

⁴⁴⁶ La réception en droit français : H. Muir Watt, *art.préc.*, p.169 et s. ; C. Boismain, *Les contrats relationnels*, PUAM 2005, Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p.1003 et s.

⁴⁴⁷ À titre d'exemple, L.442-6-I-5° du Code de commerce introduit en droit français la notion de « *relation commerciale établie* ».

⁴⁴⁸ L'article fondamental en la matière, P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD.Civ.*, 1999, p.771 et s.

⁴⁴⁹ J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC.* 2004-1, p.41; Thibiège-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD.civ.*, 1997, p.357.

⁴⁵⁰ Thibiège- Guelfucci, *art.préc.*, n°6 : « *Le contrat apparaît aujourd'hui à la fois comme un lien entre les parties dont il est l'oeuvre commune, et comme une entité contractuelle constituée d'un ensemble de droits et d'obligations, potentiellement cessible, qui s'insère dans un ordre juridique avec lequel il est relié* ».

⁴⁵¹ En ce sens, Y.-M. Laithier, *art.préc.*, « *la distinction entre relation et obligation, intellectuellement concevable, n'est pas tenable juridiquement parce que la relation ne produit pas d'effets juridiques qui ne soient pas ceux de l'obligation* ».

⁴⁵² L'article 14 de la LCC.

⁴⁵³ Tribunal de base de Yuhang, Zhejiang, 26 décembre 2013, référence : CLI.C.2282961; Deuxième tribunal intermédiaire de Chongqing, 15 décembre 2011, référence : CLI.C.817825; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 octobre 2010, référence : CLI.C.449201.

la modalité d'exécution, l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou le règlement des différends »⁴⁵⁴. Lorsque les parties prévoient expressément la nécessité de rédiger un contrat dans l'avenir, les juges refusent de qualifier leur accord provisoire comme un contrat définitif⁴⁵⁵. En définitive, la volonté joue un rôle déterminant dans la formation du lien contractuel entre les parties. Mais son importance est moindre pour déterminer le contenu du contrat.

95. Le rôle de la volonté dans la détermination du contenu du contrat en droit chinois Certes, la volonté de s'engager juridiquement se déduit le plus souvent de l'accord des parties sur des éléments du contrat⁴⁵⁶. Mais le contrat peut aussi se former par les actes d'exécution, sans que les termes de la convention ne soient déjà arrêtés. Ces actes témoignent en effet du sérieux de la volonté contractuelle. Ainsi, selon l'article premier de l'Interprétation judiciaire sur l'application de la *LCC*, « *si les parties ne sont pas d'accord sur la conclusion du contrat, le tribunal populaire doit en principe admettre son existence à condition qu'il puisse identifier le nom des parties contractantes, la chose et sa quantité. Tout sauf dispositions légales ou conventionnelles contraires* ». On peut être surpris par la liste réduite des éléments essentiels : les parties, l'objet ainsi que sa quantité. Leur réunion permet au juge de

⁴⁵⁴ L'article 29 de la *LCC*.

⁴⁵⁵ Deuxième tribunal intermédiaire de Pékin, 15 juin 2009, référence : CLI.C.177780; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 6 décembre 2007, référence : CLI.C.118932. Voir aussi les décisions en matière des arrhes-promesse.

⁴⁵⁶ L'imprécision du contenu est un critère pour le juge chinois afin de distinguer l'offre d'une simple invitation à contracter. V., Tribunal intermédiaire de Yongzhou, Hunan, 21 mars 2011, référence : CLI.C.513719; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, référence : CLI.C.119644. La solution française est aussi en ce sens. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, T1 : Le contrat – le consentement*, LGDJ, 4^e édition, 2013, n°844, p.619. : « *Comme la promesse unilatérale de contracter, l'offre doit ne pouvoir compter, pour conduire au contrat, que sur la déclaration de volonté de son destinataire. Il faut donc qu'elle anticipe ce qui, substantiellement, doit constituer le contenu de l'acte pour que, une fois l'offre acceptée, le contrat formé ait un objet déterminé conformément aux prescriptions de l'article 1129 du Code civil. A minima, ce sont donc les éléments essentiels de l'acte qui doivent être ainsi déterminés* ». Dans le même sens, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., p.263 : « *Un simple oui émanant du destinataire de l'offre suffit à valoir acceptation et donc à former le contrat, ce qui signifie que l'offre doit d'ores et déjà contenir tous les éléments permettant de définir précisément l'objet du contrat et donc de l'exécuter* ». A. Laude, op.cit., n°27, p.35-36 : « *Plus généralement, si on tente de rechercher quels sont les éléments qui permettent au juge d'établir cette absence de volonté chez le proposant d'être lié, on relève que dans les quelques hypothèses qui font référence à la seule invitation à entrer en pourparlers, l'absence de volonté se déduit d'une absence d'éléments essentiels. C'est cette lacune portant sur des stipulations qui conduit le juge à disqualifier l'offre en une simple invitation à entrer en pourparler* ».

constater la conclusion du contrat⁴⁵⁷. Le droit chinois accueille facilement les contrats incomplets.

Or, une telle solution n'est concevable que si le droit des contrats organise un mécanisme pertinent ayant pour mission de combler les éventuelles lacunes laissées au moment de la conclusion du contrat. L'article 61 de la *LCC* précise que les parties doivent mener une renégociation sur ces éléments manquants, et à défaut, qui « *seront fixés en tenant compte des autres dispositions contractuelles ainsi que des usages commerciaux* ». Si la difficulté persiste, la *LCC* donne encore des outils, d'ordre général⁴⁵⁸ ou spécial⁴⁵⁹, permettant de remédier à la défaillance de la volonté des parties. Ce mécanisme est largement inspiré de l'article 2.1.14 du Principe d'UNIDROIT relatif aux contrats du commerce international⁴⁶⁰. Mais la différence est non moins évidente : en droit chinois, la possibilité de déterminer ultérieurement certaines clauses n'est pas soumise à la volonté des parties, les indices pris en compte étant tous d'ordre objectif⁴⁶¹.

Le rôle réduit de la volonté en droit chinois trouve encore une illustration concernant l'interprétation du contrat⁴⁶². Contrairement au droit français qui privilégie la recherche de l'intention commune des parties, les juges chinois interprètent le

⁴⁵⁷ Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, référence : CLI.C.837041 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, 20 avril 2010, référence : CLI.C.246287 ; Tribunal de base de Binghu, Hunan, 8 septembre 2009, référence : CLI.C.1312994 (Il suffit de constater les trois éléments, peu importe que les parties n'aient pas employé l'expression de « contrat ».) Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 5 janvier 2012, référence : CLI.C.1181762 (La partie est mal désignée dans le contrat. Mais le juge peut identifier les parties réelles dans la pratique, qui le conduit à reconnaître la conclusion du contrat). À défaut, le contrat n'est pas conclu. Le premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 27 avril 2012, référence : CLI.C.990998. (Dans un contrat de cession des droits sociaux, le sujet de la cession ainsi que la proportion des titres cédés ne peuvent pas être déterminés) ; Tribunal intermédiaire de Kaifeng, Henan, 23 mai 2011, référence : CLI.C.675258 (La quantité de l'objet de la vente n'est pas fixée) ; Tribunal de base de Qixian, Henan, 22 novembre 2010, référence : CLI.C.729365. (Vente de l'ail, dont la quantité n'est pas certaine) ; Tribunal de base de Nanxun, Zhejiang, 20 novembre 2009, référence : CLI.C.262891 (La prévision des parties n'arrive pas à déterminer précisément la chose objet du contrat.

⁴⁵⁸ Il s'agit notamment de l'article 62 de la *LCC*, qui donne des indications pour déterminer la qualité, le prix (Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 25 octobre 2013, référence : CLI.C.2190419 ;) ou la rémunération (Tribunal intermédiaire de Changzhou, Jiangsu, 4 juin 2013, référence : CLI.C.2033409) , le lieu d'exécution (Tribunal intermédiaire de Xinyang, Henan, 2 janvier 2014, référence : CLI.C.2265298 ;), le moment d'exécution(CPS, 12 septembre 2013, référence : CLI.C.1786241 ;), le mode d'exécution (Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2133738) ainsi que la répartition des frais dans l'exécution. Les critères sont tous objectifs.

⁴⁵⁹ Dans le contrat de vente : l'art. 139 (le moment de livraison du bien) ; l'art. 141 (le lieu de la livraison) ; art. 159 (la détermination du prix) ; l'art. 160 (le lieu du paiement du prix) ; l'art. 161 (le moment du paiement du prix). Pour le prêt, art. 206, (le moment du remboursement) ; art. 211, (la détermination du taux d'intérêt). Pour le contrat de bail, art. 216 (l'obligation du preneur) ; art.226 (le moment pour le paiement du loyer) ; art. 232 (la durée du bail). Etc.

⁴⁶⁰ « 1) Dès lors que les parties entendent conclure un contrat, le fait qu'elles renvoient la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers ne fait pas obstacle à la conclusion du contrat.

2) L'existence du contrat n'est pas compromise du fait que, par la suite

a) les parties ne sont pas parvenues à un accord; ou

b) le tiers n'a pas pris de décision, à condition qu'il y ait un autre moyen de déterminer cette clause qui soit raisonnable dans les circonstances en tenant compte de l'intention des parties ».

⁴⁶¹ Ainsi, en droit chinois, l'existence du contrat ne peut plus être remise en cause ultérieurement. Or, selon l'article 2.1.14 du Principe d'UNIDROIT, le maintien du contrat suppose qu'« il y ait un autre moyen de déterminer cette clause qui soit raisonnable dans les circonstances en tenant compte de l'intention des parties », ce qui n'est pas toujours le cas.

⁴⁶² Cette identité des solutions ne peut pas surprendre. Il est en effet difficile de tracer une frontière entre la lacune et l'ambiguïté des termes contractuels. Il faut dès lors admettre une sortes de fongibilité entre deux questions .

contrat dans une logique objective⁴⁶³ : les termes employés⁴⁶⁴, les autres clauses du contrat⁴⁶⁵, le but du contrat⁴⁶⁶, l'usage⁴⁶⁷ ainsi que le principe de bonne foi⁴⁶⁸.

Si la réévaluation de la relation contractuelle en droit français a pour but de la protéger en tant que telle, ce qui se traduit par un effort de « *pérennité du lien contractuel* »⁴⁶⁹ au cours de l'exécution, la protection se traduit en droit chinois par une faveur donn/e à la formation du lien contractuel. Il faut éviter qu'un contrat partiellement exécuté soit remis en cause pour l'imprécision de ses termes, ou encore pour des défauts purement formels⁴⁷⁰.

96. Le rôle limité de la volonté dans le contrat-relation Le consentement porte moins sur le contenu du contrat que sur son contenant, c'est ce qui caractérise la notion de contrat-relation en droit chinois. On comprend dès lors la valeur relative de la volonté en droit chinois des contrats. Puisque les termes du contrat ne sont pas nécessairement l'oeuvre des parties, la volonté de celles-ci perd son lien avec la force obligatoire de la convention. Dans une vision relationnelle des choses, le droit des contrats s'organiserait autour de trois principes différents du droit français : un lien loyal, qui est garanti par le principe de bonne foi⁴⁷¹, un lien équilibre, qui se traduit par le principe de l'équité⁴⁷², et enfin, un lien harmonieux, ce qui conduit les tribunaux à adopter les solutions qui visent à apaiser la tension entre les parties⁴⁷³.

⁴⁶³ L'article 125 de la LCC.

⁴⁶⁴ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 6 janvier 2014, référence : CLI.C.2273474; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 14 décembre 2013, référence : CLI.C.2187610; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 17 juin 2010, référence : CLI.C.302928.

⁴⁶⁵ Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 9 décembre 2013, référence : CLI.C.2215245; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 10 juillet 2013, référence : CLI.C.2112323; Tribunal de base de Yuhuatai, Hunan, 5 juin 2012, référence : CLI.C.2440767; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 9 avril 2012, référence : CLI.C.897500; Premier tribunal de Shanghai, 22 juillet 2011, référence : CLI.C.1053724;

⁴⁶⁶ Tribunal supérieur de Hainan, 13 décembre 2013, référence : CLI.C.2437547; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 18 octobre 2013, référence : CLI.C.2163349; Tribunal intermédiaire de Yiyang, Hunan, 6 mars 2013, référence : CLI.C.2005866; Tribunal supérieur de Heilongjiang, 3 décembre 2012, référence : CLI.C.1431376; Tribunal intermédiaire de Xuchang, Henan, 8 novembre 2011, référence : CLI.C.1452542; Tribunal de base de Huangpu, Shanghai, 17 juillet 2011, référence : CLI.C.1038714; Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 18 mai 2011, référence : CLI.C.808940; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 octobre 2010, référence : CLI.C.442406; Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 30 septembre 2009, référence : CLI.C.1594053; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 22 mars 2007, référence : CLI.C.121452.; Tribunal supérieur de Guangdong, 7 janvier 2005, référence : CLI.C.129294; Tribunal supérieur de Henan, 11 septembre 2002, référence : CLI.C.5190.

⁴⁶⁷ Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 22 mars 2013, référence : CLI.C.2005866; Tribunal supérieur de Jiangsu, 8 octobre 2012, référence : CLI.C.1893945; Tribunal intermédiaire de Ganzhou, Jiangsu, 10 juillet 2008, référence : CLI.C.105853.

⁴⁶⁸ Le fait de soulever tardivement une question de l'interprétation peut être considéré comme contraire au principe de bonne foi. Tribunal de base de Mentougou, Pékin, 13 décembre 2013, référence : CLI.C.2133350; Tribunal supérieur de Jiangsu, 8 décembre 2009, référence : CLI.C.224208.

⁴⁶⁹ Anne-Sophie Lafefve Laborerie, *La pérennité contractuelle*, LGDJ, 2005.

⁴⁷⁰ V. les développements sur l'article 36 de la LCC, en ce qui concerne l'attitude du droit chinois envers l'exigence de l'écrit. *Supra.*, n°41.

⁴⁷¹ L'article 5 de la LCC; L'article 60 de la LCC.

⁴⁷² L'article 6 de la LCC.

⁴⁷³ Pour n'en citer qu'un exemple, le juge prononcera la résolution du contrat lorsqu'il constate une perte totale de confiance mutuelle entre les parties, et que le maintien forcé du contrat risque de créer des conflits entre les contractants.

Mais le contrat-relation présente une autre différence avec le contrat-source, à savoir le rapport entre le temps et le contrat.

2° Le facteur temps dans le contrat

Nous étudieront successivement le problème du temps dans le contrat-source (a) et le contrat-relation (b).

a) Le temps et le contrat-source

97. Le contrat-source, un acte de prévision L'image traditionnelle du contrat en droit français est celle d'un « *contrat hors temps* ». Le contrat n'est qu'un simple instrument pour faire naître des obligations, et il n'a pas vocation à durer. Le propos de Monsieur Libchaber illustre bien cette particularité : « *le contrat est l'acte créateur d'effets juridiques obligatoires, et il n'est que cela. Aussi bien est-il chargé d'une mission, qu'il remplit en disparaissant aussitôt* »⁴⁷⁴. Le contrat forme ainsi un « *bloc cristallisé de droits et d'obligations constitué une fois pour toutes* »⁴⁷⁵, « *un petit code autosuffisant* »⁴⁷⁶ pour régler tous les problèmes éventuels. C'est cette capacité de « *présentiation* »⁴⁷⁷ qui permet au contrat d'être qualifié comme un « *acte de prévision* »⁴⁷⁸, « *destiné à réduire les aléas de l'avenir, les changements de circonstances et les fléchissements des volontés* »⁴⁷⁹.

98. L'insertion partielle du temps dans le contrat-source Certes, cette vision du contrat hors temps est largement remise en cause en droit contemporain, et l'introduction de la dimension temps dans le contrat constitue l'élément central dans l'évolution du droit français en la matière⁴⁸⁰. Il faut néanmoins constater que cette

⁴⁷⁴ R. Libechaber, *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Mélanges J.-L. Aubert*, 2005, n°11, p.220.

⁴⁷⁵ Thibiège- Guelfucci, *art. préc.*, n°6.

⁴⁷⁶ H. Muir Watt, *art. préc.*, p.173

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ Le passage devenu célèbre de Hauriaux : le contrat est « *l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* » (Hauriou, *Principes de droit public*, 1ère éd., p.206 . Dans le même sens, H. Lécuyer, « *Le contrat, acte de prévision* », in *Mélanges F. Terré*, 1999, p.643 et s. *Contra.*, R. Liberchaber, *art. préc.*, n°9, p.218 :« *À bien des égards, le contrat classique est moins un acte de prévision qu'une tentative désespérée de conservation. Il ne vise pas à accompagner un avenir indéchiffrable, mais à le nier; en tout cas, à en réduire la nouveauté en le soumettant aux exigences d'une actualité pourtant destinée à se périmer. Pour le dire autrement, les contractants ne se prohettent pas dans le futur pour régler leurs attitudes sur ce qu'ils voient; au contraire, ils en refusent la charge de renouvellement en lui imposant les règles du jour, les conditions d'un présent défendu envers et contre toutes les inéluctables évidences du changement* ».

⁴⁷⁹ F. Ost, « *Temps et contrat : critique du Pacte Faustien* », in *La relativité du contrat*, TAHC, 1999, p.146 .

⁴⁸⁰ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, puf, 2° éd., 2013, p.423 et s.

prise en compte du temps concerne le plus souvent les obligations, mais non pas le contrat en tant que tel. La distinction entre le contrat à exécution instantanée et le contrat à exécution successive a été établie par la jurisprudence afin de saisir le facteur temps dans l'exécution du contrat. Cette distinction « *s'attache à l'exécution des obligations contractuelles, et, parmi celles-ci, spécialement, des obligations principales* »⁴⁸¹. Or, la durée d'exécution des obligations ne se confond pas avec celle du contrat. L'insertion du temps dans le contrat ne peut qu'être partielle⁴⁸².

99. La distinction entre la formation et l'exécution du contrat En droit français, on continue à distinguer le stade de la formation et celui de l'exécution du contrat⁴⁸³. Or, la fonction substantielle de cette distinction réside dans la hiérarchisation réalisée par l'opération⁴⁸⁴. Cette hiérarchie s'établit en faveur de la formation du contrat : « *Le contrat est étudié au titre des sources du droit des obligations. En tant que procédure particulière de création d'obligations, c'est donc bien sa formation qui est la plus topique* »⁴⁸⁵. En revanche, « *si l'exécution est distincte de la formation, elle ne saurait façonner de quelque façon que ce soit le devoir juridique contenu dans le contrat formé; elle ne peut le modifier sauf à contribuer à sa formation* »⁴⁸⁶. Au lieu d'inscrire le contrat dans le temps, cette distinction vise en revanche à éliminer le problème en ne retenant que le moment capital qu'est la formation du contrat. Ainsi, cette distinction entre formation et exécution est moins évidente qu'elle peut nous laisser croire au premier abord, mais elle suppose en revanche une vision particulière du contrat. Celle-ci est absente en droit chinois, qui retient une conception relationnelle.

⁴⁸¹ J. Rochfeld, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p.47.

⁴⁸² Une critique pertinente de J. Rochfeld sur cette distinction, *ibid.* : « *cette opposition, fondée sur le mode d'exécution, selon que cette dernière est instantanée ou successive, en dit à la fois trop et pas assez. Elle dit trop en ce qui concerne les intérêts subsidiaires de la distinction : la nécessité d'adapter le contrat aux changements, l'admission du jeu de la suspension, ou son éventuelle cession, ne tiennent pas tant au mode d'exécution qu'à l'insertion de la durée dans leur exécution. Ainsi, la vente, archétype du contrat à exécution instantanée, peut introduire de la durée dans son exécution, en repoussant cette dernière par un terme ou par la nécessité de fabriquer la chose. Elle peut alors être atteinte, par exemple, par un changement de circonstances, telle une hausse du prix d'un matériau. À l'inverse, l'opposition n'en dit pas assez quant à l'intérêt principal de la distinction : l'effet rétroactif d'une nullité ou d'une résolution ne dépend pas seulement, dans l'application qui en est faite par la jurisprudence, du caractère instantané ou successif de l'exécution du contrat. À la rétroactivité des premiers, ne s'oppose pas, de façon binaire, la « résiliation », ou plus exactement la résolution temporelle partielle des seconds* ».

⁴⁸³ Même si cette distinction est plus en plus remise en cause à l'heure actuelle, c'est moins le principe mais l'importance attachée à la phase de formation du contrat qui est le souvent contestée. En ce sens, Ch. Jamin, « Pour en finir avec la formation du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p.25.

⁴⁸⁴ M.-L. Izoèche, « Réflexion sur la distinction », in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, n°2, p.55 : « *distinguer, c'est aussi hiérarchiser* ».

⁴⁸⁵ Ch. Jamin, « Pour en finir avec la formation du contrat », *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p.25.

⁴⁸⁶ O. Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, 2012, n°5, p.3.

b) *Le temps dans le contrat-relation*

100. Le caractère évolutif du contrat-relation en droit chinois Si le contrat à la française se caractérise par une intangibilité quasi absolue une fois celui-ci formé, le contrat du droit chinois est par contre un acte susceptible d'évoluer avec le temps. Il n'est pas figé au moment de sa conclusion. Comme nous l'avons vu, la conclusion du contrat n'empêche pas que celui-ci soit complété ultérieurement par les parties ou à défaut, par les juges selon des critères objectifs. En outre, le contrat est sensible au changement des circonstances, la théorie de l'imprévision permettant de le modifier ou résoudre⁴⁸⁷. Cela ne peut surprendre, la relation a une vocation naturelle à se développer et se modifier au fil du temps. Elle est par essence évolutive.

101. La conclusion du contrat au lieu de la formation du contrat Même si le terme « *formation du contrat* » est couramment utilisé pour traduire l'intitulé du Chapitre II de la LCC⁴⁸⁸, celui-ci ne doit pas être compris au sens du droit français. En effet, « *la formation du contrat* » (*Hetong Chengli*) ici désigne exclusivement le processus formel d'établissement d'acte. Le contrat est vu comme un produit social. À ce stade, il n'est pas question de porter sur lui un jugement de validité. Pour le dire autrement, ce terme désigne le passage du néant à l'existence matérielle de l'acte, et n'a pas pour fonction d'« *encadrer la normativité du contrat* ». On préfère, par conséquent, un terme plus neutre qu'est la conclusion du contrat. Un contrat conclu peut ne produire aucun effet juridique. Il faut passer à un second examen sous un angle purement juridique, organisé par le Chapitre III de la LCC⁴⁸⁹. Le défaut de la conclusion du contrat entraîne non pas la nullité de celui-ci, mais tout simplement son inexistence.

La notion d'inexistence n'est pas totalement absente dans la littérature juridique

⁴⁸⁷ Sur cette question de l'imprévision, v. *infra.*, n°113 et s.

⁴⁸⁸ R. Guillaumond, L. Jianping, L. Bin, *Droit chinois des affaires*, Larcier, 2013, p.152 s. ; F. Constant, Ch. Lopez, *Le droit chinois*, Dalloz, 2013, p.66.

⁴⁸⁹ Il ne faut pas traduire le titre de ce chapitre par le terme « validité ». On préfère de parler de ' La prise d'effet du contrat ', dans la mesure où ce chapitre traite non seulement les causes de nullité du contrat, mais aussi les modalités qui retardent la prise d'effet (le terme) ou le rend aléatoire (la condition).

française⁴⁹⁰, puisqu'elle exprime une sorte de vérité indéniable⁴⁹¹. Il n'en demeure pas moins que la notion ne cesse de provoquer des controverses⁴⁹², au moins en matière civile⁴⁹³. L'hostilité à cette notion est liée partiellement à une difficulté pratique : il est délicat de préciser le domaine d'intervention de l'inexistence lui permettant de coexister avec la nullité⁴⁹⁴.

102. Conclusion provisoire sur la notion du contrat et la fonction des arrhes

Il est temps de faire le lien entre la fonction juridique des arrhes et la notion du contrat. Le contrat-source réserve une place centrale à l'accord de volonté, qui garantit la validité de la faculté de dédit. Le contrat-relation n'accorde qu'une valeur relative à la volonté des parties, de sorte que le droit chinois est moins favorable à la fonction libératoire des arrhes. En outre, la distinction entre formation et exécution du contrat présuppose une vision particulière du contrat, son absence en droit chinois explique que les arrhes-résolution ne peuvent pas avoir un champ d'application identique à celui de la clause de dédit.

B Les besoins différents des deux systèmes juridiques

⁴⁹⁰ Selon R. Demelombe, « Il importe, avant tout, de distinguer deux hypothèses différentes, à savoir : celle où aucun consentement n'a été donné ; celle où le consentement ; qui a été donné, se trouve entaché d'un vice quelconque. (...). Cette distinction fondamentale n'a pas été peut-être suffisamment mise en relief dans notre Code. Mais elle résulte de la nature des choses ; et plusieurs de ses articles la consacrent implicitement ». (Cours de Code Napoléon, XIX, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, VI, A. Lahure, 1879, p. 21 et s) Cette distinction a aussi des partisans contemporains. Mme. Fabre-Magnan l'a même adoptée dans le plan de son manuel : « Le Code ne vise ainsi que les conditions de 'validité' du contrat, qu'il ne distingue pas des conditions d'existence ou de formation du contrat. Ces expressions ne sont pourtant pas interchangeables. Une condition de formation est la dénomination la plus générale, le terme 'formation' recouvrant tout ce qui ne concerne pas l'exécution du contrat. Il semble cependant nécessaire de distinguer, au sein de ces conditions de formation, entre les conditions d'existence et les conditions de validité du contrat. Un contrat peut en effet exister mais n'être pas valable. La première chose à vérifier est donc l'existence du contrat, qui suppose que soit caractérisé un accord entre les parties. Il faut alors, dans un second temps, s'assurer que les conditions de validité sont réunies. Qu'il n'y ait pas de contrat ou que le contrat ne soit pas valable, l'exécution n'a pas lieu d'être. En revanche, s'il suffit dans le premier cas de constater que le contrat n'existe pas faute d'échange des consentements, il faudra dans le second cas en obtenir l'annulation ». (Droit des obligations, t.1, 3^e éd., puf. 2012, p. 215.)

⁴⁹¹ Selon V. PELTIER, « Il n'est guère concevable de faire totalement abstraction de l'inexistence car elle constitue, avant tout, un état préalable, 'préexistant'. Celui-ci est, qui plus est, permanent tant que l'intervention d'une entité juridique ne vient pas le troubler ». (V. PELTIER, art.préc., p. 941). FAYEZ HAGE-CHAHINE a exprimé la même idée en disant que « il est logique de prévoir des conditions propres à chaque opération : celles qui correspondent à l'existence de l'acte et celles qui correspondent à la productivité de ses effets. (...) A cette distinction correspond, du côté négatif, celle du contrat 'non-formé' et du contrat 'illégalement formé'. La première hypothèse est sanctionnée par l'inexistence et la deuxième par l'inefficacité laquelle se subdivise en nullité ou inopposabilité selon qu'il s'agit de la notion de la non productivité des effets dans les rapports des parties entre elles ou à l'égard des tiers ». (FAYEZ HAGE-CHAHINE, « Le relationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », in *Mélange Jacques Foyer*, Economica, 2007, p. 535.)

⁴⁹² La majorité de la doctrine montre une certaine hostilité envers la notion d'inexistence, qui la considère comme une complexité inutile. V. dans ce sens, C. Laroumet, *Droit civil, t. III*, 6^e éd., n°531 bis et n°532.

⁴⁹³ En revanche, l'inexistence connaît un certain succès auprès des juges en procédure civile ou en droit administratif. V. H. ADIDA-CANAC, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », in *Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, La documentation française, 2005, p. 119 et s. ; P. WEIL, « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *D.* 1958, *chron.* p. 49 et s.

⁴⁹⁴ Sur cette question, voir notamment Virigine PELTIER, « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », *RRJ* 2000-3, pp. 937-976.

103. Plan Selon nous, la fonction principale que jouent les arrhes est en réalité commandée par la nécessité d'un système juridique donné. Pour le démontrer, il faut placer les arrhes dans un contexte plus large. Si les arrhes se voient attribuer une fonction de dédit en droit français, c'est probablement parce que le système français en a besoin (1°). Un tel besoin fait défaut néanmoins dans le contexte chinois, dont le système juridique commande sans doute plus de sécurité (2°).

1° Le système juridique français : le besoin pour assouplir la force obligatoire du contrat

104. Puisqu'il est difficile de remettre en cause d'un contrat légalement formé (a), le droit français a besoin des moyens pour donner au système une dose de souplesse (b).

a) Difficulté de remettre en cause d'un contrat en phase d'exécution du contrat

105. Le principe de l'intangibilité du contrat Sous l'empire d'une vision particulière du contrat en droit français, un lien est créé entre la force obligatoire du contrat et l'intangibilité du contrat formé. Celui-ci s'impose d'abord aux parties contractantes⁴⁹⁵. C'est ainsi que les juges judiciaires se montrent hostiles à la théorie de l'imprévision, et que la résolution devait, jusqu'à une époque récente⁴⁹⁶, prendre la forme judiciaire⁴⁹⁷.

Mais cette intangibilité s'impose aussi au juge : *« On considère, en effet, habituellement que, même si le consentement des parties ne crée pas à lui-seul tout l'univers des obligations qui naissent du contrat il est d'abord l'œuvre privée des parties et*

⁴⁹⁵ *Ibid.*, n°40, p.62. « Celui qui s'est volontairement engagé doit tenir sa parole, en d'autres termes, exécuter ce qu'il a voulu et comme il l'a voulu; c'est la contrepartie nécessaire de sa liberté. L'obligation ainsi créée est définitive ».

⁴⁹⁶ Cass. Civ 1re, 13 octobre 1998 : *Bull.civ.* I, n°180; *D.* 1999. 197, note C. Jamin, *Somm.* 115, obs. Ph. Delebecque, *JCP* 1999, II, 10133, note Rzepecki, *Deffrénois* 1999. 374, obs. D. Mazeaud, *RTD.civ.* 1999. 374, obs. J. Mestre.

⁴⁹⁷ *GAJC*, n°180, p.270 : « En posant que < la résolution doit être demandée en justice >, l'article 1184 du Code civil participe de la même philosophie que celle qui inspire l'article 1134. Le contrat est la loi des parties et elles ne peuvent s'y soustraire unilatéralement. En l'absence de *distrat* (*mutuus dissensus*), seul le juge possède le pouvoir de mettre fin au contrat. Admettre de manière générale qu'une partie à un contrat puisse le résoudre unilatéralement, hors de toute intervention du juge, au motif d'une défaillance de son partenaire, ce serait en effet lui permettre de se délier trop facilement d'une loi contractuelle qui ne lui convient plus, en prenant appui sur une inexécution qui pourrait bien n'être qu'un prétexte ».

que l'intervention du juge doit, de ce fait, demeurer limitée »⁴⁹⁸. À titre d'illustration, le rôle du juge en matière du prix est de vérifier que celui-ci existe et présente un caractère sérieux, afin d'éviter que le prix « ne constitue qu'une façade, une fiction »⁴⁹⁹. Mais il lui est en principe interdit de refaire la loi contractuelle en imposant aux parties un nouveau prix qu'il juge équitable⁵⁰⁰.

106. La nécessité d'assouplir le principe de l'intangibilité Le désir de sortir du contrat peut paraître, dans certaines circonstances, tout à fait légitime. Deux éléments militent pour une plus grande souplesse en droit des contrats. Une raison sociale : la théorie de l'autonomie de la volonté est largement remise en cause à l'époque contemporaine, et la faculté de rompre le contrat peut être conçue comme une faveur reconnue pour la partie faible. Une raison économique ensuite : le maintien forcé du contrat peut engendrer des conséquences injustes pour l'une des parties sans qu'il présente une utilité proportionnelle pour le cocontractant ou pour la société. En outre, l'intangibilité du contrat rime mal avec la période de la crise économique, et l'extinction des engagements pourraient produire des effets bénéfiques sur le plan économique⁵⁰¹.

b) Assouplissement du principe de l'intangibilité du contrat

107. Deux moyens de conciliation Deux moyens sont utilisés pour donner aux parties une possibilité de sortir du contrat défavorable sans porter une atteinte excessive à l'intangibilité de la convention. Le premier consiste à renforcer le contrôle *a priori* de la validité de l'acte, et le second consiste à encourager le recours à la liberté contractuelle des parties.

⁴⁹⁸ Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges P. Didier*, 2008, p. 265.

⁴⁹⁹ M. Thiolye, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats*, Thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n°1504, p.679.

⁵⁰⁰ Pour une illustration récente en matière de clause de la non-concurrence, v., Cass. Soc., 16 mai 2012, n°11-10.760 ; *Gaz.Pal.*2012, n°201, p.14, note S. Le Gac-Pech, et n°285, p.17, obs. D. Houtecieff ; *JCP S* 2012, n°30, 1329, note G. Loiseau ; *RDT*. 2012, p.488, obs. B. Géniaut ; *RDC*. 2013, 74, note T. Génicon. « Si une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie rendant la clause nulle, le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée ».

⁵⁰¹ V., Dossier *RLDC* 2009/62, n°3515 s., Contrats à l'épreuve de la crise; Actes, *RDC* 2010, 379, Prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise.

108. Le premier moyen : renforcer le contrôle de la validité du contrat Le principe de l'intangibilité concerne le contrat légalement formé. En exerçant un contrôle renforcé de la validité de celui-ci, le droit français donne *de facto* aux parties une possibilité, sous couvert d'une demande en nullité, de déjouer le lien contractuel.

L'amplification du contrôle *a priori* se manifeste d'abord sur le terrain des vices du consentement. On glisse d'une conception objective de l'erreur sur la substance à une conception subjective, entendue comme les qualités substantielles de la chose⁵⁰², ce qui est en contradiction flagrante avec l'intention initiale des rédacteurs du Code civil⁵⁰³. Une évolution similaire s'est produite en ce qui concerne le dol. En effet, la jurisprudence a très tôt admis la réticence dolosive⁵⁰⁴. S'agissant de la violence, la jurisprudence a découvert la « *violence économique* »⁵⁰⁵, même si son usage fait preuve d'une grande prudence de la part des tribunaux. Enfin, les hypothèses dans lesquelles la rescision pour lésion est admise ne cessent de se multiplier, à tel point qu'un auteur ait pu se demander s'il est opportun de renverser désormais le principe et l'exception en la matière⁵⁰⁶.

L'évolution de la règle prohibant des conditions potestatives s'inscrit dans la même logique. Comme nous le verrons plus loin⁵⁰⁷, l'article 1174 est plus souvent utilisé pour contrôler l'usage des droits potestatifs, alors que la règle est initialement conçue pour la seule formation du contrat.

109. Comparaison avec le droit anglais Il est sans doute intéressant de faire ici une comparaison avec le droit anglais. Les juges anglais n'adoptent pas la même attitude pour accueillir la demande d'annulation du contrat. Le '*mistake*' en tant que cause de nullité, est strictement encadré⁵⁰⁸. En outre, il n'y a pas non plus une

⁵⁰² Sur cette évolution, v. C. Brenner, « L'erreur dans la théorie des vices du consentement », in *L'erreur*, Cahiers des sciences morales et politiques, puf, 2007. p. 34 et s.; *spéc.*, p.35 et s.

⁵⁰³ L'article 1110 est rédigé sous une forme restrictive: « *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ». add., C. Brenner, *art.préc.*, p.36: « *La conception matérielle et objective de l'erreur substantielle paraît pourtant avoir été adoptée de propos délibéré par les codificateurs pour assurer la sécurité juridique, qu'une appréhension purement psychologique aurait détruite* ». Pour emprunter une phrase célèbre de Y. Loussouarn, « L'erreur sur la substance est dotée d'un impérialisme certain » (*RTD.civ.*, 1969, p.556).

⁵⁰⁴ Cass. Civ 3e , 2 octobre 1974 : *Bull.civ. III*, n°330; *GAJC*, n°150.

⁵⁰⁵ Cass. Civ 1re, 30 mai 2000, *D.2000. 879*, note Chazal, 2001, *somm.com.*, p1140, *obs.* D. Mazeaud, *JCP 2001,II*, 10461, note Loiseau, *CCC 2000*, n°142, note Leveneur, *Defrénois 2000*, 1124, *obs.* Delebecque, *RTD.civ.* 2000. 827, *obs.* Mestre et Fages, 863, *obs.* Gautier; 3 avril 2002, *D. 2002*, 1860, note Gridel det Chazal et *somm.com.*, p. 2844, *obs.* D. Mazeaud, *CCC. 2002*, n°121, note Leveneur.

⁵⁰⁶ G. Goubeaux, « A propos de l'erreur sur la valeur », in *Mélange J. Ghestin, op.cit.*, p.389 et s.

⁵⁰⁷ V. *infra.*, n°148 et s.

⁵⁰⁸ E. McKendrick, *Contract law* , 10e éd., Palgrave macmillan, 2013, p.246 et s.

obligation précontractuelle d'information de portée générale⁵⁰⁹. Par conséquent, il est plus difficile d'annuler le contrat en droit anglais qu'en droit français. La primauté de l'exécution en nature serait intolérable si les juges français avait exercé un contrôle léger sur la validité de l'acte. De même, si la révision de l'imprévision n'a pas engendré une grande insécurité juridique dans les pays qui la consacrent⁵¹⁰, cela s'expliquerait partiellement par le fait que ces systèmes juridiques n'admettait pas aussi généreusement la nullité du contrat. Par conséquent, si le droit français est obligé d'introduire une dose de souplesse dans l'exécution du contrat formé, il devrait revenir en même temps à un contrôle *a priori* plus léger⁵¹¹.

110. Le deuxième moyen : recours à la liberté contractuelle Le droit français encourage les parties à organiser elles-mêmes le sort du contrat. Rien n'empêche que la rupture du contrat trouve sa cause dans une disposition contractuelle négociée entre les parties. Se développe ainsi la pratique de la promesse unilatérale de vente, qui permet à l'acquéreur de préserver sa liberté de ne pas conclure le contrat. De même, la condition-modalité donne aux parties le moyen de lutter contre les risques dans l'avenir⁵¹². D'après une jurisprudence bien établie, l'erreur sur le motif peut entraîner l'annulation du contrat pourvu d'une « *stipulation expresse qui aurait fait entrer ce motif dans le champ contractuel en l'érigeant en condition de ce contrat* »⁵¹³. En refusant de manière catégorique la révision pour l'imprévision, la jurisprudence entend inciter les parties à prendre en main leur propre affaire⁵¹⁴. Le développement

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p.215 et s.

⁵¹⁰ R. David, « L'imprévision dans les droits européens », in *Mélanges Jauffret*, 1974, p.211 et s.; D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in *Mélanges Sayag*, 1997, p.403 et s.

⁵¹¹ C'est ce qui s'est produit en matière de l'indétermination du prix lors de la conclusion du contrat. Le principe c'est que l'indétermination du prix n'est pas, sauf dispositions légales particulières, une cause de nullité du contrat. Les parties peuvent demander la résiliation en cas d'abus dans la fixation du prix. *Ass. Plén* 1re décembre 1995, *GAJC*, n°152-155.

⁵¹² M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, n°197, pp. 143-144 : « *la relation de dépendance conditionnelle permet ainsi aux parties de se préserver contre deux types de risques. Soit contre l'inutilité de la convention survenue en raison de la non-satisfaction du motif-but, ou d'un motif-efficient nécessaire à l'avènement ou au maintien de celui-ci; soit contre la dangerosité de la convention consécutive à la non-survenance d'un motif-efficient délimitant la base contractuelle en dehors de laquelle la recherche du but-concret, quoique toujours possible, apparaît déraisonnable* ».

⁵¹³ Cass. Civ 1re, 13 février 2001 : *Bull.civ. I*, n°31, *JCP* 2001, *I*, 330, n°5 s., *obs.* Rochfeld; *Deffrénois* 2002, 476, *note* Robine; *RTD.civ.* 2001, 352, *obs.* Mestre et Fages; Cass. Civ 3e, 24 avril 2003 : *Bull. Civ. III*, n°82, *D.* 2004, 450, *note* Chassagnard, *RDC* 2003, 42, *obs.* D. Mazeaud; Cass. Com., 11 avril 2012 : *Bull.civ. IV*, n°77; *RDC.* 2012, 1175, *obs.* Laithier.

⁵¹⁴ Y. Lequette, « De l'efficacité des clauses de hardship », in *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p.268 : « *Il s'agit ; en effet, non de dispenser les parties d'inclure certaines stipulations dans leurs contrats, en posant des règles supplétives où s'incarnent les valeurs idéales de l'ordre juridique qui les édicte, mais de les inciter, par une sorte d'effet repoussoir, à adopter des stipulations dérogoires* ».

en droit français interne de la pratique des clauses de *hardship*⁵¹⁵ permet de compenser l'absence de la révision judiciaire pour imprévision⁵¹⁶.

Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, une faveur est faite à ces derniers pour leur permettre de donner un consentement éclairé⁵¹⁷. Parmi les institutions mises en place par le législateur contemporain, il faut surtout mentionner le délai de rétractation⁵¹⁸. Il en va de même pour la vente immobilière, dans laquelle un lien a été créé entre le contrat d'acquisition et le contrat de prêt⁵¹⁹.

111. La faculté de dédit fait partie de ce deuxième moyen La faculté de dédit, en ce qu'elle permet aux parties d'organiser elles-mêmes une porte de sortie, fait bien partie de ce deuxième moyen d'assouplissement. Puisqu'elle trouve sa cause dans une stipulation du contrat, la validité des arrhes-débit ne soulève pas de difficulté : « *une telle faculté ne constitue pas une véritable dérogation à la règle formulée à l'article 1134, alinéa 2 : la partie qui se rétracte use d'un droit que le contrat lui a reconnu* »⁵²⁰.

Dans un souci de protection, le législateur a établi une présomption simple dans l'article L131-1⁵²¹ du Code de commerce en valeur de la qualification des arrhes, pour la somme versée d'avance par le consommateur. On constate une sorte de « *renaissance des arrhes* »⁵²² en droit contemporain.

En résumé, les arrhes-débit remplissent une fonction libératoire tout en respectant la vision classique du contrat en droit français. Ce qui s'explique sans doute son succès en France.

2° Le système juridique chinois : le besoin pour une plus grande sécurité

⁵¹⁵ B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *Clunet*, 1974, p.794 et s. ; G. Rouhette, « La révision conventionnelle du contrat », *RID comp.* 1986, n°2, p.370 et s.

⁵¹⁶ B. Fauvarque-Cosson, « Le changement des circonstances », *RDC* 2004, p. 67 et s. ; sp., p.84, qui cite K. Zweigert et H. Kötz, *An introduction to comparative Law*, Oxford, 3^e éd., 1998, p.527 : « *vu de l'étranger, le droit français est (...) présenté comme un droit dont les solutions restrictives ont favorisé, en droit interne, le développement des clauses de révision du contrat* ».

⁵¹⁷ C'est ainsi apparaît, à côté de l'image traditionnel des individus libres et égaux, celui des consommateurs : « *un personnage incapable d'un calcul économique, d'un choix libre et éclairé, d'une décision mûrie ; et que l'on doit protéger non seulement contre autrui mais aussi contre lui-même* ». (G. Rouhette, « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat, in *Mélanges René Rodière*, Dalloz, 1981. ; n°10, p.256).

⁵¹⁸ L.121-21 et s. du Code de la consommation.

⁵¹⁹ Les articles L 312-12 et L 312-16 du Code de la consommation.

⁵²⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, n°479.

⁵²¹ « *Sauf disposition contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil. Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double* ».

⁵²² A. Triclin, « La renaissance des arrhes », *JCP G* 1994, I, 3732.

112. Le droit chinois a davantage besoin de la sécurité juridique Lorsque l'on se place dans le contexte chinois, force est de constater que le besoin d'une souplesse dans la relation contractuelle est quasi-inexistant : le droit chinois des contrats se caractérise par sa grande flexibilité et, à partir de là, une certaine fragilité du lien contractuel. Par conséquent, la fonction comminatoire des arrhes s'adapte mieux au droit chinois, censée lui donner plus de sécurité juridique.

Il n'est pas question d'énumérer tous les facteurs politiques ou sociaux qui entravent la sécurité juridique chinoise. Nous nous concentrons exclusivement sur le plan juridique. Il existe diverses causes en droit chinois pour éteindre le lien contractuel : certaines sont liées au changement de circonstances (a), certaines se présentent comme une sanction contractuelle (b), et le droit chinois connaît en outre les droits discrétionnaires de résolution (c).

a) L'extinction du contrat liée aux changements de circonstance

Le droit chinois utilise à la fois la théorie de l'imprévision (α) et la force majeure (β) pour mettre fin au contrat en cours d'exécution.

a° La théorie de l'imprévision

113. La consécration de la théorie de l'imprévision en droit chinois L'introduction officielle de la révision ou résolution pour l'imprévision se fait de manière tardive et discrète. La *LCC* reste silencieuse à cet égard⁵²³, et il faut attendre l'Interprétation judiciaire sur la *LCC* du 2009⁵²⁴ pour que cette théorie trouve enfin un fondement textuel⁵²⁵.

⁵²³ Cela est due principalement à une méfiance à l'égard des juges. V. sur ce point, les développements détaillés de Jiayou Shi, *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, LGDJ, 2006, n°472 et s., p.351.

⁵²⁴ Fashi [2009] n°5. L'article 26 de cette Interprétation dispose ainsi : « lorsqu'après la formation du contrat survient des changements significatifs et imprévisibles ne représentant pas tous les caractères de force majeure, et autre que des risques commerciales, de telle sorte que l'exécution du contrat devienne manifestement injuste pour l'une des parties, ou que le but du contrat ne puisse pas se réaliser, le tribunal populaire doit, selon le principe de l'équité et tenant comptes des faits d'espèce, décider s'il y a lieu d'ordonner la modification ou la résolution du contrat si les parties la demandent ».

⁵²⁵ Mais les tribunaux ont commencé d'invoquer cette théorie longtemps avant cette date.

114. Les conditions d'admission de l'imprévision Pour que la théorie de l'imprévision puisse prospérer devant les tribunaux, il faut tout d'abord que le changement soit imprévisible⁵²⁶. C'est au stade de la conclusion du contrat que les juges apprécient cette exigence⁵²⁷. Pour vérifier si le demandeur « *devrait prévenir* » l'événement, les juges prennent compte notamment de la qualité du contractant⁵²⁸, du contexte social⁵²⁹, du domaine concerné⁵³⁰, et de la durée de l'exécution du contrat⁵³¹. Le texte exclut explicitement le risque inhérent au marché qui ne constitue pas un événement imprévisible⁵³².

L'événement imprévisible doit ensuite causer un déséquilibre manifeste entre les parties. Autrement dit, le changement de circonstances doit entraîner un coût excessif de l'exécution⁵³³ pour le débiteur ou une diminution radicale⁵³⁴ du profit pour le créancier. À défaut, la révision ou la résiliation pour l'imprévision ne peut pas être prononcée⁵³⁵.

Enfin, si les parties assument volontairement le risque, elles ne peuvent plus bénéficier la règle de l'imprévision⁵³⁶.

⁵²⁶ Tribunal intermédiaire de Nanchong, Sichuan, 27 décembre 2013, référence : CLI.C.2439819; Tribunal supérieur de Guizhou, 18 juillet 2011, référence : CLI.C.2120180; Tribunal supérieur de Jiangsu, 4 juillet 2014, référence : CLI.C.3410186; Tribunal intermédiaire de Anqing, Anhui, 24 mars 2014, référence : CLI.C.2960322;

⁵²⁷ Tribunal intermédiaire de Wuxi, Jiangsu, 7 septembre 2012, référence : CLI.C.2097287; Tribunal de base de Haidian, Pékin, 20 juin 2005, référence : CLI.C.95252; Tribunal de base de Futian, Guangdong, 30 juillet 2013, référence : (2013) 深福法民三初字第937号; Tribunal supérieur de Wuhan, Hubei, 17 mars 2014, référence : (2014) 鄂武汉中民终字第00049号; Tribunal intermédiaire de Qiqihaer, Heilongjiang, 18 mars 2014, (2014) 齐商三终字第14号; Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 27 juillet 2009, référence : CLI.C.523725; Tribunal de base de Tongzhou, Jiangsu, 9 juin 2013, référence : CLI.C.1868354; Tribunal de base de Wuxing, Zhejiang, 10 mai 2014, référence : CLI.C.2896668.

⁵²⁸ Tribunal supérieur de Zhejiang, 14 mars 2011, référence : CLI.C.1938485 (en tant que professionnel, le demandeur devrait le prévoir); Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 11 juillet 2008, référence : CLI.C.1673725

⁵²⁹ Tribunal de base de Putuo, Shanghai, 29 avril 2011, référence : CLI.C.943050 (Beaucoup de reportage dans le média, donc les parties ne devraient pas ignorer l'événement); Tribunal intermédiaire de Nanchong, Sichuan, 27 novembre 2013, (2013) 南中法民终字第1623号; Tribunal de base de Shapingba, Chongqing, référence : CLI.C.1795400; Tribunal de base de Haiyan, 16 juillet 2013, référence : (2013) 嘉盐沈民初字第562号.

⁵³⁰ CPS, 8 novembre 2011, référence : CLI.C.1169781 (en marché de bronze, la fluctuation du prix est très fréquente).

⁵³¹ Plus la durée est longue, plus il est facile pour le juge d'admettre l'imprévision. Deuxième tribunal intermédiaire de Pékin, 23 février 2009, référence : CLI.160689; Tribunal de base de Chuanying, Jilin, 31 mai 2010, référence : CLI.C.1498438 (Le contrat doit encore être exécuté pendant 16 ans); Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 11 septembre 2014, référence : CLI.C.3337716; Tribunal de base de Yucheng, Henan, 5 août 2014, référence : CLI.C.3199892.

⁵³² La fluctuation normale du prix est un risque inhérent au marché. V. Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 6 août 2012, référence : CLI.C.1183354; Tribunal de base de Qingxiu, Guangxi, 9 juillet 2012, référence : CLI.C.1177721; Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 15 août 2011, référence : CLI.C.513962; Tribunal intermédiaire de Yulin, Shanxi, 21 mars 2011, référence : CLI.C.393530; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, référence : CLI.C.395493; Tribunal de base de Tunxi, Anhui, 17 décembre 2013, référence : (2013) 屯民二初字第00171号; Quatrième tribunal de Chongqing, 22 novembre 2013, référence : (2013) 渝四中法民终字第01161号; Tribunal maritime de Haikou, 24 mai 2013, référence : CLI.C.2108347; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 3 janvier 2013, référence : CLI.C.2862321; Tribunal intermédiaire de Nanchong, Sichuan, 12 juin 2014, référence : CLI.C.2981894; Tribunal de base de Yanqing, Pékin, 25 août 2014, référence : CLI.C.3499832.

⁵³³ Deuxième Tribunal intermédiaire de Pékin, 7 décembre 2010, référence : CLI.C.1787209; Tribunal de base de Tongzhou, Pékin, 5 juillet 2010, référence : CLI.C.1787940; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 24 août 2011, référence : CLI.C.418547; Tribunal de base de Huangpu, 20 juillet 2010, référence : CLI.C.546620; Tribunal de base de Shapingba, Chongqing, référence : CLI.C.1795400

⁵³⁴ Tribunal intermédiaire de Nantong, Jiangsu, 15 juin 2013, référence : CLI.C.1868661; Tribunal intermédiaire de Mudanjiang, Heilongjiang, 17 mai 2013, référence : CLI.C.2442688; Tribunal de base de Laiyang, Shandong, 20 septembre 2006, référence : CLI.C.80332; Tribunal de base de Chuanying, 31 mai 2010, référence : CLI.C.1787209.

⁵³⁵ CPS, 10 avril 2014, référence : CLI.C.2973989;

⁵³⁶ CPS, 18 décembre 2013, référence : (2013) 民申字第1099号; Quatrième tribunal intermédiaire de Chongqing, 21 novembre 2013, référence : (2013) 渝四中法民终字第01161号 (Les parties avaient précisé dans leur contrat que le prix fixé serait intangible pour 12 ans); Tribunal intermédiaire de Nanyang, Henan, 17 septembre 2010, référence : CLI.C.682989.

115. Les conditions procédurales de l'imprévision Les tribunaux chinois avaient admis, pendant un temps, que la théorie de l'imprévision puisse jouer en absence de toute demande des parties⁵³⁷. L'interprétation judiciaire de 2009, tout en donnant un fondement légal à la révision ou résiliation pour imprévision, vient d'en encadrer l'usage. L'article 26 de ce texte précise que la demande doit émaner de l'une des parties. Dans un avis ultérieur⁵³⁸, la CPS exige en outre que le tribunal de base et le tribunal intermédiaire doivent demander l'autorisation du tribunal supérieur avant de prononcer la révision ou résiliation pour imprévision⁵³⁹.

116. Les effets juridiques en cas d'admission de l'imprévision Le texte ci-dessus cité place la révision et la résolution sur un même plan. Dans la pratique néanmoins, certains arrêts reconnaissent une sorte de hiérarchie en faveur de la modification du contrat : la résolution n'est prononcée que si la révision du contrat s'avère impraticable⁵⁴⁰. Mais cette hiérarchie n'a pas de valeur absolue, et le juge n'hésite pas à prononcer directement la résolution lorsque celle-ci aide à apaiser le conflit entre les parties⁵⁴¹. Si la révision est privilégiée quand l'une des parties a déjà fait des investissements importants⁵⁴², la résolution prévaut lorsque le maintien du contrat ne crée aucun profit pour les deux contractants⁵⁴³.

En cas de résolution, les deux parties doivent partager les conséquences qui en découlent⁵⁴⁴. Celui qui prend l'initiative de rompre le contrat doit en outre indemniser une partie du préjudice subi par son cocontractant à cause de cette rupture anticipée⁵⁴⁵.

117. La particularité de la théorie chinoise de l'imprévision Empruntée au droit étranger, la théorie de l'imprévision présente quelques particularités dans le contexte chinois. Une différence théorique d'abord : le fondement de la théorie de

⁵³⁷ Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 14 décembre 2000, référence : CLI.C. CLI.C.7929; Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 31 octobre 2000, référence : CLI.C.4408; CPS, 24 juillet 1998, référence : CLI.C.53406.

⁵³⁸最高人民法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和国家工作大局的通知》

⁵³⁹ Tribunal intermédiaire de Tieling, Liaoning, 3 décembre 2013, référence : (2013)铁民二终字第00196号; Tribunal supérieur de Neimenggu, 12 décembre 2013, référence : (2012)内民再二字第17号.

⁵⁴⁰ Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 20 juin 2013, référence : CLI.C..2007641; Tribunal supérieur de Guangxi, 20 mars 2007, référence : CLI.C.89641; Tribunal intermédiaire de Loudi, Hunan, 30 juillet 2009, référence : CLI.C.1309828

⁵⁴¹ Tribunal intermédiaire de Shenyang, Liaoning, 19 décembre 2013, référence : (2013)沈中民五终字第1685号. On retrouve ici la dimension sociale du droit chinois des contrats.

⁵⁴² Tribunal de base de Qinnan, Guangxi, 10 octobre 2013, référence : (2013)钦南民终字第672号; Tribunal intermédiaire de Nantong, Jiangsu, 15 juin 2013, référence : CLI.C.1868661

⁵⁴³ Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 février 2014, référence : (2013)沪一中民二(民)终字第3213号.

⁵⁴⁴ Tribunal intermédiaire de Hainan, 23 avril 2001, référence : CLI.C.1622

⁵⁴⁵ Tribunal intermédiaire de Foshan, Guangdong, 2 juillet 2003, référence : CLI.C.66290; Tribunal de base de Hongshan, Hubei, 9 septembre 2013, référence : (2012)鄂洪山民商初字第00671号 (Il est précisé dans l'arrêt que la réparation se limite au seul dommage direct).

l'imprévision n'est pas la bonne foi contractuelle, mais le principe de l'équité, qui est l'un des principes directeurs du droit des contrats⁵⁴⁶. Ayant une conception relationnelle du contrat, le droit chinois veille sur l'équilibre économique entre les deux parties. Cette différence théorique entraîne des conséquences directes sur le plan pratique. En premier lieu, l'imprévision vise non seulement le cas où l'exécution devient extrêmement coûteuse, mais elle concerne aussi le bénéfice manifestement disproportionné compte tenu du changement de circonstances. En second lieu, et contrairement à beaucoup de textes internationaux⁵⁴⁷, le droit chinois ne fait pas de la renégociation des parties un préalable pour la révision judiciaire du contrat, même si cette renégociation est encouragée dans la pratique⁵⁴⁸.

β° La force majeure

118. Les éléments constitutifs de la force majeure La force majeure est définie en droit chinois comme un élément objectif imprévisible, inévitable et irrésistible⁵⁴⁹. Quatre conditions ont été dégagées par la doctrine chinoise⁵⁵⁰.

L'exigence de l'imprévisibilité et l'irrésistibilité est commune aux deux systèmes. La première exige que l'événement ne soit pas prévisible au moment de la conclusion du contrat⁵⁵¹. L'imprévisibilité peut ne porter que sur l'intensité de l'événement⁵⁵². En revanche, des circonstances imprévisibles ne peuvent jamais être considérées comme un cas de force majeure si la résistance demeure encore possible⁵⁵³.

L'objectivité signifie tout d'abord que l'événement doit être extérieur à la volonté des parties⁵⁵⁴. Dans la pratique, ce sont souvent les catastrophes naturelles qui permettent aux juges de retenir cette qualification⁵⁵⁵. S'agissant des actes

⁵⁴⁶ L'article 5 de la LCC.

⁵⁴⁷ Art. 89 du Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente; Art. 6:111 des Principes européens des contrats; Art. 6.2.3 des Principes de l'UNIDROIT.

⁵⁴⁸ Par ex : Tribunal intermédiaire de Shenyang, Liaoning, 19 décembre 2013, référence : (2013)沈中民五终字第1685号.

⁵⁴⁹ Art. 153 des PGDC ; Art. 117 de la LCC.

⁵⁵⁰ V. Par exemple, Han Shiyuan, *op.cit.*, p.372 et s.

⁵⁵¹ Tribunal intermédiaire de Haikou, Hainan, 3 juillet 2013, référence : 1755091. C'est ainsi que les conditions climatiques ne constituent pas un cas de force majeure si celles-ci n'échappent ou ne devraient pas échapper à la prévision des parties (Tribunal intermédiaire de Xiamen, Fujian, 3 décembre 2008, référence : CLI.C.290615 ; Tribunal supérieur de Jiangsu, 31 juillet 2002, référence : CLI.C.3471 ; Tribunal supérieur de Jiangsu, 13 août 2013, référence : 1755091). La qualité du contractant joue aussi un rôle dans l'appréciation de l'imprévisibilité (Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 6 juillet 2010, référence : CLI.C.302952).

⁵⁵² Tribunal supérieur de Zhejiang, 18 août 2006, référence : CLI.C.365509. Le typhon était certes prévisible pour les parties, mais il ne l'est pas la violence de celle-ci. Tribunal de transport ferroviaire de Fuzhou, Fujian, référence : CLI.C.225354.

⁵⁵³ Tribunal de base de Hongze, Jiangsu, 14 octobre 2002, référence : CLI.C.24818.

⁵⁵⁴ Ainsi, cette condition se distingue de celle de l'extériorité. En droit chinois, il n'est pas nécessaire que l'événement soit extérieur à la personne du débiteur.

⁵⁵⁵ Tribunal intermédiaire de Xuancheng, Anhui, 27 juin 2008, référence : CLI.C. 361173 ; Tribunal de base de Pengjiang, Guangdong, 17 juin 2006, référence : CLI.C.230249 ; Tribunal supérieur de Liaoning, 18 décembre 1998, référence : CLI.C.237628 ; Tribunal supérieur de Fujian, 4 novembre 1994, référence : CLI.C.233633.

administratifs, la jurisprudence semble faire une distinction entre l'acte réglementaire qui est susceptible de constituer un cas de force majeure⁵⁵⁶ et l'acte non réglementaire individuel qui ne l'est pas⁵⁵⁷.

Si l'événement est imputable au débiteur, ce dernier est privé de son droit d'invoquer la force majeure⁵⁵⁸. Contrairement au droit français, les faits d'autrui ne constituent jamais un cas de force majeure⁵⁵⁹.

Le sens exact de l'exigence d'inévitabilité n'est pas facile à dégager. Selon la doctrine majoritaire, telle condition signifie que la survenance de l'événement ne peut pas être empêchée par les parties⁵⁶⁰. Ainsi entendue, la différence avec l'irrésistibilité n'est que chronologique⁵⁶¹.

Pour finir, certains arrêts semblent laisser une marge de liberté aux parties contractantes de faire entrer dans la catégorie de « *force majeure* » des événements qui n'en font pas normalement partie⁵⁶².

119. Le devoir de notification pour le demandeur L'article 118 de la *LCC* dispose que « *Lorsqu'une partie ne peut pas exécuter ses obligations en raison de la force majeure, elle doit le notifier immédiatement à son cocontractant, afin que ce dernière puisse prendre des mesures nécessaires pour minimiser le préjudice. Il doit en outre prouver le bien-fondé de sa demande dans un délai raisonnable* ». Selon la position jurisprudentielle dominante, le défaut de la notification n'entrave pas l'effet exonératoire de la force majeure. Le demandeur doit néanmoins des dommages-intérêts à son cocontractant⁵⁶³.

⁵⁵⁶ Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, référence : CLI.C.1762080 ; Tribunal de base de Yuzhou, Guangxi, 25 novembre 2013, référence : CLI.C.2291032 ; Tribunal intermédiaire de Haikou, Hainan, 3 juillet 2013, référence : CLI.C.1755091. Contra. : Tribunal supérieur de Guangdong, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2247659. Le juge a écarté la qualification de force majeure en présence d'un acte réglementaire en se fondant son caractère d'intérêt général.

⁵⁵⁷ Tribunal de base de Haidian, Pékin, 30 juin 2000, référence : CLI.C.6304 ; CPS, référence : CLI.C.250440 ; Tribunal de base de Miyun, Pékin, référence : CLI.C.888877 ; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 31 mai 2007, référence : CLI.C.211922

⁵⁵⁸ Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 27 octobre 2010, référence : CLI.C.1783346. Le retard de vol est causé par une panne mécanique de l'avion ; CPS, 23 octobre 2013, référence : CLI.C.1786254.

⁵⁵⁹ Tribunal intermédiaire de Yulin, Guangxi, 28 janvier 2000, référence : CLI.C.22981. Le vol n'est pas considéré comme un cas de force majeure. Une question s'est posée en jurisprudence à propos des actes administratifs unilatéraux. Une distinction est faite selon que l'acte vise des individus bien identifiés ou non. L'acte réglementaire est susceptible de constituer un cas de force majeure (Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, référence : CLI.C.1762080), et il n'en va pas de même pour les actes non réglementaires individuels. (Tribunal de base de Haidian, Pékin, 30 juin 2000, référence : CLI.C.6304 ; CPS, référence : CLI.C.250440 ; Tribunal de base de Miyun, Pékin, référence : CLI.C.888877 ; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 31 mai 2007, référence : CLI.C.211922). Non sans quelque paradoxe, une décision judiciaire peut être constitutive d'un cas de force majeure (Tribunal intermédiaire de Yichang, Hubei, 3 décembre 2008, référence : CLI.C.290615).

⁵⁶⁰ V. Wang Liming, *Traité sur la violation du lien contractuel*, La Presse de l'Université de la Politique et du droit de Chine, 2000, p.335 ; Han Shiyuan, *op.cit.*, p.373.

⁵⁶¹ L'inévitabilité vise ainsi « l'irrésistibilité » en ce qui concerne la survenance de l'évènement. L'irrésistibilité proprement dite vise, quant à elle, des conséquences dommageables qui en découlent.

⁵⁶² CPS, référence : CLI.C.250440. Les parties visent le cas des actes non réglementaires individuels.

⁵⁶³ Premier tribunal intermédiaire de Hainan, 10 avril 2013, référence : CLI.C.1755925 ; Tribunal intermédiaire de Wuxi, Jiangsu, 14 septembre 2010, référence : CLI.C.828550 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 8 avril 2005,

b) Extinction du contrat conçue comme une sanction pour l'inexécution

120. Il ne s'agit pas de faire ici une étude exhaustive sur la résolution pour inexécution en droit chinois⁵⁶⁴. On se limite d'abord successivement deux points intéressants qui nous permettent de saisir la souplesse du contrat en Chine : une possibilité de résoudre le contrat pour le simple risque d'inexécution (a) une conception extensive de la clause résolutoire (b).

a° Résoudre le contrat pour le simple risque d'inexécution

121. Risque d'inexécution liée à l'attitude du débiteur Le risque d'inexécution du contrat peut d'abord être déduit de l'attitude du débiteur. Selon L'article 94-2° de la *LCC*, la partie est autorisée de résoudre le contrat avant l'échéance du terme prévu « *lorsque son cocontractant a manifesté sa volonté de ne plus exécuter ses obligations, ou que cette inexécution ne fait aucun doute compte tenu de ses comportements* ». Dans ces hypothèses, le créancier n'a pas à attendre l'arrivée du terme pour demander la résolution du contrat⁵⁶⁵.

122. Risque d'inexécution liée à la situation financière du débiteur Une deuxième possibilité est prévue par les articles 68 et 69 de la *LCC*. Celui qui doit normalement exécuter en premier peut légitimement craindre l'aptitude financière de son cocontractant. Dans ce cas, il lui appartient d'établir le caractère sérieux de ce

référence : CLI.C.108773.

⁵⁶⁴ Sur ce sujet, v. la thèse remarquable de Marie P.-H. CHANG, *La résolution du contrat pour inexécution : Etude comparative du droit français et du droit chinois*, PUAM, 2005.

⁵⁶⁵ Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2198013; Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 6 décembre 2013, référence : CLI.C.2214029; Deuxième tribunal intermédiaire de Chongqing, 14 août 2013, référence : CLI.C.2226967; Tribunal de base de Jiangning, Jiangsu, 23 mai 2013, référence : CLI.C.1788210; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 15 avril 2013, référence : CLI.C.1874108; Tribunal intermédiaire de Dongguan, 12 avril 2013, référence : CLI.C.1776423; Tribunal de base de Kunshan, 15 mars 2013, référence : CLI.C.1878389; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 12 décembre 2012, référence : CLI.C.1351832; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 14 novembre 2012, référence : CLI.C.1145519; Tribunal de base de Rucheng, Hunan, 21 août 2012, référence : CLI.C.1243858 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 10 septembre 2012, référence : CLI.C.1194537.

risque⁵⁶⁶ conformément à l'article 68 de la LCC⁵⁶⁷. En cas de succès, le contrat n'est pas résolu automatiquement⁵⁶⁸. Le demandeur peut simplement suspendre son exécution⁵⁶⁹. Il doit ensuite informer son cocontractant et lui demande de fournir une sûreté en vue de garantir son engagement. Ce n'est qu'en cas de refus que le demandeur acquiert un droit pour demander la résolution du contrat⁵⁷⁰.

β° Une conception extensive de la clause résolutoire

123. La clause résolutoire ne se limite pas au cas d'inexécution contractuelle

Le droit chinois retient une conception extensive de la clause résolutoire⁵⁷¹ qui mérite d'être soulignée⁵⁷². En effet, la clause résolutoire en droit chinois recouvre des réalités beaucoup plus vastes. On y trouve non seulement la clause résolutoire au sens étroit du droit français, mais aussi la clause de résiliation, ou même la clause de dédit. En d'autres termes, la clause résolutoire à la chinoise n'est pas limitée aux seuls cas de manquement contractuel. La principale différence avec la condition résolutoire est que la clause résolutoire n'a pas d'effet automatique⁵⁷³

124. La clause résolutoire permet aux parties d'assouplir les conditions de la résolution légale pour inexécution La clause résolutoire revêt deux vertus majeures en droit français : éviter l'intervention préalable du juge, et assouplir les conditions de la résolution judiciaire. En droit chinois, le premier intérêt s'estompe⁵⁷⁴ puisque la

⁵⁶⁶ Sur la charge de la preuve : Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 17 septembre 2014, référence : CLI.C.3386219; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 28 août 2014, référence : CLI.C.3267186; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, 8 août 2014, référence : CLI.C.3351935; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Jiangsu, 12 mai 2014, référence : CLI.C.2809834; Tribunal supérieur de Fujian, 1 juillet 2013, référence : CLI.C.2133809; Tribunal de base de Mingxi, Fujian, 15 mars 2013, référence : CLI.C.2225524; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 19 février 2013, référence : CLI.C.1332833; Premier tribunal intermédiaire de Hainan, 30 novembre 2011, référence : CLI.C.1345851.

⁵⁶⁷ L'article 68 énumère en réalité 4 cas de figure : la dégradation de la situation financière, le dépassement du fonds pour échapper la dette, la perte de la réputation commerciale, et les autres événements risquent d'entraver la solvabilité du débiteur. Le défaut de preuve est sanctionné par l'allocation des dommages-intérêts (Premier tribunal de Hainan, 30 novembre 2012, référence : CLI.C.1345851; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai. 20 juillet 2011, référence : CLI.C.402646).

⁵⁶⁸ Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 26 octobre 2012, référence : CLI.C.843663.

⁵⁶⁹ Tribunal supérieur de Zhejiang, 18 avril 2011, référence : CLI.C.877142; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 7 décembre 2012, référence : CLI.C.1457221; Tribunal supérieur de Fujian, 6 novembre 2005, référence : CLI.C.175969; CPS, 10 novembre 2001, référence : CLI.C.2541; Tribunal supérieur de Yunnan, 22 avril 2014, référence : CLI.C.3530931.

⁵⁷⁰ Tribunal de base de Dachang, Jiangsu, 31 décembre 1998, référence : CLI.C.237604 ; Tribunal intermédiaire de Xianyang, Shanxi, 19 mars 2013, référence : CLI.C.1767327.; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 20 mars 2013, référence : CLI.C.2791474; Tribunal supérieur de Shanxi, 4 juillet 2014, référence : CLI.C. 3530931.

⁵⁷¹ La définition de la clause est donnée par l'article 93 alinéa 2 de la LCC : « *Les parties peuvent convenir les conditions pour la résolution unilatérale du contrat. Lorsque la condition se réalise, le titulaire aura le droit de résoudre le contrat* ».

⁵⁷² Cela est d'autant plus nécessaire que l'étude de M. Pei-Heng CHANG ne mentionne pas cette différence dans son développement concernant la clause résolutoire en droit chinois. V. M. Pei-Heng CHANG, *op.cit.*, n°152 et s., p.109 et s.

⁵⁷³ Premier tribunal intermédiaire de Hainan, 29 juillet 2013, référence : CLI.C.1798853 (Le créancier continue à demander l'exécution forcée du contrat alors que les conditions pour la mise en œuvre de la clause résolutoire sont remplies) ;

⁵⁷⁴ V. En ce sens, M. Pei-Heng CHANG, *op.cit.*, n°513, p.290.

résolution extrajudiciaire constitue le modèle principal⁵⁷⁵. En revanche, la clause demeure utile pour assouplir les conditions exigées pour la résolution⁵⁷⁶. Simplement, pour que la clause soit efficace, il faut que les parties précisent clairement le ou les manquements envisagés⁵⁷⁷.

c) L'extinction du contrat en tant que droit discrétionnaires des parties

125. Ces droits discrétionnaires manifestent une assez grande diversité. Certains droits sont fondés sur la nature particulière de certains contrats (α), les autres sont liés à la qualité d'une des parties contractantes (β).

a° Droits discrétionnaires fondés sur la nature particulière de certains contrats

126. La considération de la personne : le contrat de mandat L'article 410 de la *LCC* donne un droit de révocation au mandant et au mandataire. La solution se distingue ainsi de celle que connaît le droit français, ce dernier n'a pas bilatéralisé la faculté⁵⁷⁸. Cette résolution est fondée sur le caractère *intuitu personae* du contrat de mandat : la perte de confiance prive ce contrat de toute sa raison d'être⁵⁷⁹. Le texte

⁵⁷⁵ Il est pourtant possible pour les parties de saisir le juge pour que celui-ci prononce la résolution du contrat, même si une telle faculté n'est pas expressément prévue par le texte. Une illustration jurisprudentielle : Tribunal intermédiaire de Zibo, Shandong, 19 juin 2009, référence : CLI.C.362335.

⁵⁷⁶ Tribunal intermédiaire de Liuzhou, Guangxi, 23 mai 2013, référence : CLI.C.1856004 ; Tribunal de base de Jiaojiang, Zhejiang, 4 septembre 2014, référence : CLI.C.3318538 ; Tribunal intermédiaire de Shangqiu, Henan, 11 août 2014, référence : CLI.C.3298722 ; Tribunal intermédiaire de Zibo, Shandong, 19 juin 2014, référence : CLI.C.3040696 ; Tribunal intermédiaire de Dandong, Liaoning, 18 juin 2014, référence : CLI.C.3053977 ; CPS, 27 mai 2014, référence : CLI.C.2951557 ; Tribunal supérieur de Zhejiang, 16 septembre 2013, référence : CLI.C.2896791 ; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 16 décembre 2009, référence : CLI.C.935036 ; Tribunal supérieur de Shandong, 28 octobre 2013, référence : CLI.C.2227805 ; Tribunal supérieur de Heilongjiang, 16 novembre 2007, référence : CLI.C.214794 ; Tribunal de base de Cixi, Zhejiang, 21 avril 2014, référence : CLI.C.282443 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 4 avril 2014, référence : CLI.C.2634384.

⁵⁷⁷ Tribunal de base de Guancheng, Henan, 27 août 2013, référence : CLI.C.1940733 la clause ne précise pas la durée de l'inexécution). Tribunal de base de Shijingshan, Pékin, 29 juillet 2010, référence : CLI.C.291241 (Les parties visent tout simplement l'inexécution du contrat sans autres précisions. Le tribunal considère que les conditions requises pour la résolution légales doivent être remplies).

⁵⁷⁸ L'art. 2004 du Code civil : « *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute* ».

⁵⁷⁹ La jurisprudence est constante sur ce point. CPS, 23 novembre 2011, référence : CLI.C.2145477 ; Tribunal de base de Yunyang, Chongqing, 14 novembre 2013, référence : CLI.C.2425174 ; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 13 décembre 2013, référence : CLI.C.2215220 ; Tribunal de base de Shanghai, 6 novembre 2013, référence : CLI.C.2174072 ; Tribunal supérieur de Jiangsu, 8 mars 2013, référence : CLI.C.1875844 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 28 novembre 2012, référence : CLI.C.1352322 ; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 24 octobre 2012, référence : 1893362 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 22 mai 2012, référence : CLI.C.1179029 ; Deuxième tribunal de Pékin, 19 août 2011, référence : 386750 ; Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 12 avril 2010, référence : CLI.C.323087 ; Tribunal de base de Anxiang, Hunan, 26 décembre 2008, référence : CLI.C.1306368.

précise que celui qui résout le contrat doit indemniser l'autre partie si cette rupture lui est imputable⁵⁸⁰.

127. La considération économique : le contrat de transport et le contrat d'entreprise Certains droits de résiliations sont liés aux considérations économiques. C'est ainsi que dans les contrats de transport, le donneur d'ordre peut modifier ou résilier le contrat à tout moment tant que les marchandises n'ont pas encore été reçues par le destinataire⁵⁸¹.

Mais le plus important, c'est sans doute la faculté de résiliation au profit du maître d'ouvrage dans le contrat d'entreprise⁵⁸². Cette règle s'applique aussi aux contrats de construction⁵⁸³. Le bien-fondé d'une telle règle n'est pourtant pas évident. Selon la jurisprudence, cette faculté vise à éviter une prestation devenue inutile pour celui qui la commande⁵⁸⁴. L'exercice de ce droit doit intervenir avant l'accomplissement des travaux⁵⁸⁵, et comme pour le contrat de mandat, le maître d'ouvrage doit indemniser l'entrepreneur pour le préjudice subi du fait de la rupture⁵⁸⁶.

128. Le droit de résiliation dans les contrats à durée indéterminée Le droit chinois, contrairement au droit français, ne consacre pas un droit général de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée⁵⁸⁷, et ne connaît que des hypothèses particulières. La plus importante d'entre elles est la résiliation du bail à durée indéterminée⁵⁸⁸. Ce droit profite aussi bien au locataire et au bailleur⁵⁸⁹. Lorsque c'est le bailleur qui entend mettre fin au contrat, il doit informer l'autre partie

⁵⁸⁰ Tribunal de base de Yunyang, Chongqing, 14 novembre 2013, référence : CLI.C.2425174; Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 20 juin 2013, référence : CLI.C.2243959; Tribunal de base de Jiading, Shanghai, 14 juin 2013, référence : CLI.C.2162428.

⁵⁸¹ Art. 324 de la LCC. Pour quelques illustrations jurisprudentielles : Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 4 décembre 2013, référence : CLI.C.2293193; Tribunal maritime de Shanghai, 6 mai 2013, référence : CLI.C.1977669.

⁵⁸² Art. 268 de la LCC.

⁵⁸³ Art. 287 de la LCC.

⁵⁸⁴ Tribunal intermédiaire de Nantong, Jiangsu, 18 septembre 2012, référence : CLI.C.2096567; Tribunal intermédiaire de Sanya, 7 mars 2012, référence : CLI.C.1344000; Tribunal intermédiaire de Yangzhou, Jiangsu, 28 octobre 2011, référence : CLI.C.1923556; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 1 juillet 2010, référence : CLI.C.589715; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 23 juillet 2004, référence : CLI.C.155654.

⁵⁸⁵ Tribunal intermédiaire de Tai'an, Shandong, 1 juillet 2014, référence : CLI.C.3211266; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 3 décembre 2012, référence : CLI.C.1441351; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 29 octobre 2012, référence : CLI.C.1893612; Tribunal de base de Jiading, Shanghai, 13 février 2012, référence : CLI.C.1344000, Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 2 septembre 2010, référence : CLI.C.452895; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 24 mai 2010, référence : CLI.C.310177; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 22 décembre 2005, référence : CLI.C.74672.

⁵⁸⁶ Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 13 novembre 2013, référence : CLI.C.2189194; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 3 décembre 2012, référence : CLI.C.1441351.

⁵⁸⁷ Par exemple, pour le cautionnement à durée indéterminée, le droit chinois n'admet pas la résiliation unilatérale. Dans cette hypothèse, la durée du cautionnement est de deux ans à compter du jour où la dette principale devient exigible.

⁵⁸⁸ Cette résiliation est prévue par l'article 232 de la LCC. Tribunal supérieur de Henan, 23 août 2013, référence : CLI.C.2321425;

⁵⁸⁹ Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 octobre 2012, référence : CLI.C.1368646;

dans un délai raisonnable⁵⁹⁰. En cas de non-respect de ce délai de préavis, le juge va fixer lui-même un délai supplémentaire pour que le locataire puisse préparer son départ⁵⁹¹.

β° Les droits de résolution fondés sur la personne du titulaire

129. La résiliation unilatérale du salarié Dans cette rubrique, le droit de résiliation unilatérale est conçu comme un droit catégoriel destiné à protéger la partie faible dans certains types de contrats. C'est ainsi qu'en droit du travail, le législateur offre au salarié la possibilité de rompre unilatéralement le contrat en respectant un préavis d'un mois⁵⁹². Il s'agit d'un droit discrétionnaire, le salarié n'a pas à motiver sa démission⁵⁹³. La règle est d'ordre public, toute clause contraire est réputée non écrite⁵⁹⁴. Le non-respect du préavis peut donner lieu aux dommages-intérêts pour réparer le préjudice subi par l'employeur⁵⁹⁵. Ce dernier ne peut cependant pas insérer une clause pénale pour sanctionner un tel comportement⁵⁹⁶.

130. Les autres droits de résiliation On peut encore citer les autres droits de résiliation dans des domaines très variés : le droit de résiliation unilatérale pour le souscripteur d'assurance sauf disposition légale contraire⁵⁹⁷, pour le voyageur de

⁵⁹⁰ Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 18 juin 2013, référence : CLI.C.1987299; Troisième tribunal intermédiaire de Chongqing, 26 février 2013, référence : CLI.C.1442667; Tribunal de base de Hongkou, Shanghai, 24 janvier 2014, référence : CLI.C.2321425; Tribunal intermédiaire de Shaoyang, Hunan, 7 juin 2012, référence : CLI.C.884435; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Jiangsu, 24 avril 2012, référence : CLI.C.1914482; Tribunal intermédiaire de Zhumadian, Henan, 25 août 2011, référence : CLI.C.808121; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 16 mai 2011, référence : CLI.C.671262; Tribunal intermédiaire de Hanjiang, Hubei, 25 mars 2010, référence : CLI.C.303169.

⁵⁹¹ Tribunal de base de Huhui, Shanghai, 5 décembre 2013, référence : CLI.C.2181079; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 10 septembre 2012, référence : CLI.C.1194201; Tribunal intermédiaire de Xuchang, Henan, 6 juin 2012, référence : CLI.C.1473360; Tribunal de base de Guangzhou, Guangdong, 19 novembre 2011, référence : CLI.C.456385; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 31 décembre 2010, référence : CLI.C.1518925; Tribunal intermédiaire de Nanyang, Henan, 23 juillet 2010, référence : CLI.C.684142; Tribunal intermédiaire de Pingdingshan, Henan, 26 avril 2010, référence : CLI.C.293476; Tribunal intermédiaire de Zhoukoudian, Henan, 10 mars 2010, référence : CLI.C.293476. Contra., Tribunal intermédiaire de Anyang, Henan, 16 juillet 2013, référence : CLI.C.1955897 L'arrêt prive de la résolution tout effet juridique).

⁵⁹² L'art. 37 de la Loi sur le contrat de travail.

⁵⁹³ Tribunal de base de Suiping, Henan, 6 septembre 2013, référence : CLI.C.1984977; Tribunal intermédiaire de Nanjing, 20 mai 2013, référence : CLI.C.2033731; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 29 mai 2012, référence : CLI.C.986626.

⁵⁹⁴ Tribunal de base de Xinzheng, Henan, 26 novembre 2013, référence : CLI.C.2207411; Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 4 novembre 2013, référence : CLI.C.2211021; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 10 juillet 2013, référence : CLI.C.1973650; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 9 août 2012, référence : CLI.C.1416885.

⁵⁹⁵ Tribunal de base de Yancheng, Henan, 22 octobre 2013, référence : CLI.C.2173436; Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 3 juin 2013, référence : CLI.C.2032776; Tribunal de base de Xiangtan, Hunan, 12 décembre 2012, référence : CLI.C.2433974.

⁵⁹⁶ Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 15 novembre 2013, référence : CLI.C.2189020; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 10 juillet 2013, référence : CLI.C.1973650; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 3 juin 2013, référence : CLI.C.1432293.

⁵⁹⁷ Art. 15 de la Loi chinoise des assurances. Comp. L'art. L. 132-5-2 du Code des assurances. Il faut noter qu'en droit chinois, cette faculté de résiliation n'est pas enfermée dans un délai de 30 jours, comme c'est le cas en droit français. En outre, ce droit bénéficie aussi des souscripteurs personnes morales. Tribunal intermédiaire de Changzhou, Jiangsu, 17

rompre le contrat de voyage avant ou pendant son exécution⁵⁹⁸. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi Chinoise de la Consommation⁵⁹⁹, un délai de 7 jours de rétractation a été créé au profit des consommateurs dans certaines circonstances⁶⁰⁰.

131. Propos conclusif Sans prétendre être exhaustive, la liste de ces droits de résolution nous permet de mieux comprendre la souplesse du droit chinois des contrats. Dans un tel contexte, l'intérêt pratique d'une faculté de rupture garantie par la convention d'arrhes est très relatif.

§2 Les autres explications historiques et culturelles

132. Il ne fait pas de doute que la différence fonctionnelle des arrhes dans les deux pays s'explique partiellement par des éléments historiques et culturels. Il est impossible de dresser un bilan exhaustif. Aussi, nous n'abordons ici que deux questions. Il s'agit d'une part du contrat dans la Chine ancienne (A), et d'autre part d'une différence quant à l'art de la distinction (B).

A Le contrat dans la Chine ancienne

133. Le contrat en Chine ancienne : une institution sociale et non juridique
Pour aborder le 'contrat' dans la Chine traditionnelle, il faut se garder de lui appliquer

septembre 2014, référence : CLI.C.3345219; Tribunal de base de Suxian, Hunan, 28 octobre 2013, référence : CLI.C.2345713; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 31 mai 2012, référence : CLI.C.852277; Tribunal de base de Babu, Guangxi, 5 mai 2011, référence : CLI.C.1206288; Tribunal supérieur de Shanghai, 17 mars 2011, référence : CLI.C.988030; Tribunal de base de Jiangbei, Zhejiang, 22 juin 2009, référence : CLI.C.1694698.

⁵⁹⁸ Art. 12 de « Avis de la CPS concernant les contentieux du contrat de voyage », 法释【2010】13号. Tribunal de base de Zhongyu, Chongqing, 8 mars 2013, référence : CLI.C.1440121; Tribunal de base de Wucheng, Zhejiang, 26 octobre 2011, référence : CLI.C.1440121.

⁵⁹⁹ Cette loi a été modifiée le 25 octobre 2013.

⁶⁰⁰ L'art. 25 de la Loi Chinoise de la Consommation.

les notions propres aux droits occidentaux⁶⁰¹. Il est tout d'abord délicat de parler du contrat au singulier dans le contexte de la Chine classique. Il existait plutôt des contrats hétérogènes, sans qu'une notion abstraite et générale du contrat ne soit créée⁶⁰². Comme l'a bien expliqué Alain Supiot, la façon même de donner une définition abstraite semble être étrangère à la langue chinoise⁶⁰³. Par conséquent, le ' contrat ' en Chine traditionnelle est moins une construction théorique qu'un acte concret et visible⁶⁰⁴.

En France, on a l'habitude de présenter le contrat comme un acte juridique, qui est même l'un des trois piliers de l'ordre juridique, selon l'expression de Jean Carbonnier⁶⁰⁵. Le lien entre le contrat et le droit est trop fort chez les juristes français pour qu'ils le pensent autrement. Or, comme l'a bien montré Jacques Gernet, « *un des aspects les plus remarquables du droit contractuel en Chine, c'est son caractère autonome. Le pouvoir public ne collabore pas à la formation des obligations, il n'a pas de pouvoirs d'autorité. L'exécution elle-même, aussi longtemps qu'elle est conforme aux règles générales du droit public et à la lettre des actes écrits, est une affaire strictement privée* »⁶⁰⁶. L'observation est sans doute juste dans son principe. Il est néanmoins contestable de parler du ' droit contractuel en Chine ' alors qu'en réalité le contrat serait davantage un simple fait social qu'un acte juridique⁶⁰⁷. Autrement dit, le contrat n'était pas une institution juridique dans la Chine ancienne.

⁶⁰¹Une mise en garde de Hugu T. Scogin, Jr., « Civil ' Law ' in traditional China : history and theory », in Kathryn Bernhardt and Philip C.C. Huang (ed.), *Civil Law in Qing and Republican China*, SMC Publishing Inc., Taipei, 1994, p.12 et s., spéc., p.32 : « *Having mentioned the usefulness of Western analytical concepts, one must also stress the danger they represent. (...) The field of contract is a revealing example of the way in which comparative frameworks have influenced traditional views of Chinese practices. The term ' contract ' as applied by many traditional legal comparativists has a specific content. It presupposes not only the fact of consensual transactions with legal implications, but other elements as well. These include contract as an independent body of legal principles, the executory nature of contractual obligations, the rôle of party autonomy in determining the content of agreements* ».

⁶⁰²Sur ce point, v., Mio Kishimoto, « Les contrats dans les dynastie de Ming et Qing », in Wang Yaxin, Liang Zhiping (dir.), *le procès civil et les contrats privé pendant la période de Ming et Qing*, Legal Press, 1998, p.307.

⁶⁰³Alain Supiot, *Homo juridicus –Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, pp.138-139 : « *Dans une langue monosyllabique et une écriture idéographique, comme le chinois, le mot fonctionne comme emblème vocal ou graphique. Ignorant la flexion, et aussi riche de vocabulaire que pauvre en phonèmes, cette langue porte moins à l'abstraction qu'à l'évocation de la diversité concrète des hommes, des choses et des sentiments. Le signe linguistique y incarne les choses plus qu'il ne les ordonne dans une structure formelle. Dans la civilisation occidentale, en revanche, l'écriture alphabétique et la flexion des mots, par l'économie des signes qu'elles réalisent, donnent du monde une représentation infiniment plus abstraite. Dans une langue monosyllabique et une écriture idéographique, comme le chinois, le mot fonctionne comme emblème vocal ou graphique. Ignorant la flexion, et aussi riche de vocabulaire que pauvre en phonèmes, cette langue porte moins à l'abstraction qu'à l'évocation de la diversité concrète des hommes, des choses et des sentiments. Le signe linguistique y incarne les choses plus qu'il ne les ordonne dans une structure formelle. Dans la civilisation occidentale, en revanche, l'écriture alphabétique et la flexion des mots, par l'économie des signes qu'elles réalisent, donnent du monde une représentation infiniment plus abstraite* ».

⁶⁰⁴On comprend dès lors pourquoi il n'y a pas d'écrit savant sur le contrat à l'époque ancienne.

⁶⁰⁵J. Carbonnier, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., LGDJ, 2001, p.255 et s.

⁶⁰⁶Jacques Gernet, « La vente en Chine d'après les contrats de Touen-Houang (IX^e – X^e siècle) », *T'oung Pao, Second Series*, Vol. 45, Livr. 4/5 (1957), pp. 295-391, spéc., p.306.

⁶⁰⁷L'expression est néanmoins partagée parmi les historiens juridiques intéressants à ce sujet.

Dans ce contexte, la loi et le contrat constituaient alors deux mondes parallèles : d'un côté, il y avait des lois étatiques qui organisaient l'ordre social, de l'autre, il y avait des contrats qui réglaient les affaires entre les parties. Le contrat était défini comme « *privé* » (siqi), par opposition aux lois « *étatiques* » (guofa). On trouve de manière récurrente une phrase dans les contrats à l'époque des *Tang* : « *Les mandarins obéissent à la loi étatique, alors que le peuple obéissent au contrat privé* ». (Guan you zhengfa, Min cong siqi)⁶⁰⁸. Certes, la séparation de ces deux ordres ne pouvait pas être totale et nous trouvons dans les Codes à l'époque des dispositions disparates traitant des conventions civiles. Ces règles visaient parfois à éviter le trouble social causé par les pratiques privées⁶⁰⁹. Elles n'intervenaient que lorsqu'est en jeu l'ordre public. L'encadrement du taux d'intérêt dans les prêts en constitue une belle illustration⁶¹⁰. Parfois, l'Etat entendait tirer des profits dans les transactions privées. L'exemple type est le système de 'contrat rouge' (Hong qi), un certificat des pouvoirs publics destinés à la taxation des transactions privées⁶¹¹. Mais ces dispositions ne suffisent pas à faire du contrat une institution juridique⁶¹². Dans la majorité des cas, les parties étaient autorisées à faire des transactions comme elles le voulaient. Mais si la loi n'interdisait pas ces actes, ces derniers ne produisaient pas non plus des effets obligatoires garantis par la loi. L'idée que le contrat privé puisse produire des effets comparables à la loi étatique était totalement étrangère à la culture chinoise de l'époque. Il est intéressant de faire une comparaison avec l'article 1134 du Code civil. Comme nous le savons, ce texte établit une analogie entre la convention privée et la loi étatique. Les prévisions contractuelles légalement formées sont dotées d'une force obligatoire reconnue par la loi. En d'autres termes, la loi étatique se présente comme un Tiers garant⁶¹³ sans lequel l'efficacité du contrat deviendrait illusoire. Le contrat acquiert une normativité juridique par la délégation de pouvoir par la loi. C'est cette délégation de pouvoir qui faisait défaut dans le contexte de la

⁶⁰⁸Zhang Chuanxi (éd.), *Les contrats de la Chine traditionnelle*, Presse Université de Pékin, 1995.

⁶⁰⁹Marianne Bastid-Bruguière, *L'esprit de la codification chinoise*, Droit, 1998, p. 129 et s. spéc. p.136 : « *Il serait donc inexact, à mon avis, de concevoir la codification impériale chinoise comme limitée au droit pénal : elle s'applique à l'ensemble de la législation et de la réglementation étatique. Elle a un caractère général* ».

⁶¹⁰On se contente de reproduire ici la traduction faite par J. Gernet de cet article : « *Quand le taux d'intérêt est illégal, quand la saisie est supérieur à celle que l'acte autorise et quand la dette a une autre origine que le prêt, le pouvoir publique doit intervenir* ». J. Gernet, *art. préc.* p.300

⁶¹¹La pratique du taxe sur les échanges privées remonte à l'époque des Tsin Orientaux (317-420). V., Un passage de traité économique de Souei, traduit par J. Gernet, *art.préc.*, p.310, « *A partir du moment où les Tsin eurent franchi le Fleuve (Yang-tseu) (317), dans toutes les ventes d'esclaves, de chevaux, de boeufs, de terres et de maisons, pour lesquelles il y avait rédaction d'un acte écrit, une taxe 1) de 400 sapèques devait être versée pour chaque dix milliers de sapèques aux pouvoirs publics. Trois cents étaient fournies par l'acheteur et cent par le vendeur. De même, lorsqu'il n'y avait pas d'acte écrit, on prélevait 4 pour cent selon la nature des marchandises. Cet impôt portait le nom de "taxe proportionnelle"* ».

⁶¹²De même, l'existence d'un Code du sport ne fait pas ce dernier une institution juridique.

⁶¹³Alain Supiot, *op. cit.*, p.157.

Chine ancienne. D'un côté, les prévisions contractuelles n'étaient pas protégées par les tribunaux en tant que normes juridiques. De l'autre côté, les parties privées s'efforçaient toujours de mettre le contrat à l'abri des éventuelles interventions étatiques. Ainsi, se trouve fréquemment insérée une clause visant à écarter les décrets d'amnistie dans les relations privées : « *Si l'on se trouve, à ce moment, en période d'amnistie impériale, cette amnistie n'entrera pas en ligne de compte* »⁶¹⁴. Dans cette perspective, la loi étatique ne se présentait pas comme un Tiers garant de la convention, mais comme un Tiers étranger à l'acte. Ce rôle de Tiers garant était au contraire attribué à une personne privée, un intermédiaire (Zhong ren). Celui-ci était soit une personne honorable qui bénéficie d'une bonne réputation, soit quelqu'un proche des deux parties. Cet intermédiaire jouait trois fonctions principales : il remédiait dans une certaine mesure à l'inégalité entre les parties⁶¹⁵, il témoignait de l'existence de ces transactions⁶¹⁶, et enfin il garantissait la bonne exécution du contrat dans l'avenir⁶¹⁷.

Cela ne veut pas dire que la Chine traditionnelle ignorait tous procès civils. Au contraire, l'ouverture récente des archives judiciaires impériales a montré que les affaires civiles occupaient une place importante dans l'activité des juges locaux⁶¹⁸. Mais pour trancher ces litiges, les mandarins s'appuyaient sur trois types de règles : « *d'abord, les normes secondaires, puis des dispositions plus précises telles que celles contenues dans les codes impériaux (guofa) ou dans les coutumes locales et enfin le sens commun (qingli) , c'est-à-dire une ' conception chinoise de l'équité ' reposant tant sur les sentiments (renqing) que sur la raison (li)* »⁶¹⁹. Il existe une controverse quant à l'importance respective de ces différentes sources. Selon Shiga Hidezou, la loi étatique n'avait qu'un rôle secondaire par rapport à Qing et Li dans les procès civils. La nature des jugements se rapprochait davantage à la conciliation, que l'auteur a appelé la « conciliation didactique »⁶²⁰. De l'autre côté, Philip C.C.Huang estime que dans la majorité des cas, les juges chinois appliquaient la loi impériale à la

⁶¹⁴V., les contrats traduits par J. Gernet, art. préc., Documents VI, VII, VIII.

⁶¹⁵V., J.Gernet, art. préc., p. 328. « *L'inégalité des parties explique sans doute le rôle important que joue, dans les transactions chinoises, l'intermédiaire : il a pour fonction de réduire la tension inévitable entre solliciteur et sollicité* ».

⁶¹⁶Ainsi, ces intermédiaires doivent aussi apposer leur signature dans le contrat.

⁶¹⁷La fonction d'intermédiaire et la fonction de garant se recouvrent très souvent en Chine ancienne. V., Liang Zhiping, *Les coutumes des Qing : La société et l'Etat*, Presse Université de Politique et de droit de la Chine, 1996, p.122 et s.

⁶¹⁸V. nota., Philip C.C. Huang, « *Codified law and magistrat adjudication in the Qing* », in K. Bernhardt and Philip C.C. Huang (ed.), op.cit., p.142 et s.; le même auteur, *Civil Justice in China, Representation and Practice in the Qing*, La librairie de Shanghai, 2001.

⁶¹⁹O. Beydon, *Introduction à la pensée juridique chinoise*, Larcier, 2015, p.273.

⁶²⁰Shiga Hidezou, « *Un examen sommaire des sources de droit dans les procès civil de Qing* », in Liao Zhiping, Wang yaxin (dir.), op.cit., p.19 et s.

lettre⁶²¹. Quoi qu'il en soit, il est clair que le juge ne se sentait pas d'être lié par les termes du contrat. Si ce dernier était admis devant les tribunaux, il n'était pris en compte qu'en tant que fait social.

L'idée que le contrat puisse être conçu comme une notion a-juridique peut surprendre les lecteurs français. À la vérité, le droit n'est jamais la seule contrainte normative concevable dans une société, et l'une des différences fondamentales entre la Chine et la France réside précisément dans la ligne de démarcation entre le domaine du droit et celui du non-droit⁶²².

134. Le rôle du contrat dans la Chine ancienne Si le contrat n'était pas une institution juridique dans la Chine classique, son rôle était non moins déterminant dans la vie quotidienne⁶²³. Selon une opinion répandue, le droit contractuel dans la Chine ancienne se caractérise par une lourde formalité. L'argument s'appuie sur le système d'authentification des documents instauré par l'empire⁶²⁴. Les observateurs occidentaux ont une tendance naturelle à analyser cette exigence en termes de formalisme au sens du droit romain⁶²⁵. Une telle analyse ne nous convainc pas.

C'est d'abord parce que les termes chinois du « *Qi* » ou du « *Hetong* », équivalents du mot « *contrat* » au sens du droit français, désignent nécessairement un document écrit⁶²⁶, dans leurs sens historique⁶²⁷. L'existence du « *contrat oral* » présuppose une notion abstraite et générale du contrat, qui fait défaut en Chine traditionnelle. Ce n'est pas que ces pratiques n'existaient pas, mais ces transactions sans écrit n'étaient pas définies comme des « *Qi* » ou des « *Hetong* ». Si nous reprenons une distinction admise en droit français, nous pouvons dire de manière approximative que le contrat en Chine traditionnelle ne désignait que *l'instrumentum*, mais jamais le *negocium*.

Ensuite, contrairement au formalisme romain qui exige l'écrit pour la validité de l'acte, l'écrit imposé par l'Empire chinois s'inscrivait principalement dans un but

⁶²¹Philip C.C. Huang, *Civil Justice in China, Representation and Practice in the Qing*, op.cit.

⁶²²Hugh T. Scogin, Jr, *art.préc.*, p.20 : « ' Law ' is only one of several possible dimensions of social experience that can give rise to normative constraints on behavior. One of the historian's most important tasks is to delineate the shifting boundaries between these dimensions and study their interaction ».

⁶²³Hansen, *Negotiation daily life in traditional China : How ordinary people used contracts, 600-1400*, trad. Lu Xiqi, Phoenix publishing & media House, 2008.

⁶²⁴V. E. Meril, *La Chine*, op.cit., p.25 : « La Chine était autrefois un immense empire. Il était donc nécessaire pour l'empereur et l'administration, afin de régner sur ces grandes étendues, de mettre en place un système d'authentification des documents : le sceau est ainsi né. Le sceau a traversé l'avènement de la République de la Chine et la fondation de la Chine populaire, le droit chinois étant aujourd'hui encore empreinte formalisme et de solennités. La forme du document, les mentions écrites (par exemple sur un chèque), la présence des sceaux sont essentielles. Afin de défendre ses droit il est indispensable d'avoir un document en bonne et due forme ».

⁶²⁵V. ex., Jacques Gernet, *art. préc.*, p.310 et s.

⁶²⁶Le mot « *Qi* » signifie graver (sur un support), tandis que le terme « *Hetong* » était initialement une mention apposée dans la marge du contrat.

⁶²⁷Il faut bien y insister, car leur sens contemporain ne se distingue plus du mot français « contrat ».

fiscal. Le défaut de la formalité n'affectait pas la validité de l'acte, même si ce défaut donnait lieu à des sanctions pénales. La meilleure preuve, c'est que les juges ne refusaient pas de recueillir les contrats « blancs » (*Baiqi*), c'est-à-dire ceux qui n'avaient pas été enregistrés auprès des pouvoirs publics⁶²⁸. Ce qui explique sans doute la persistance des contrats blancs tout au long de l'Histoire⁶²⁹. De même, ce n'est pas parce que le contrat fait l'objet d'un enregistrement officiel que ses termes acquièrent *ipso facto* une force obligatoire comparable à la loi : le contrat demeure un fait social, une affaire privée. Cela étant, le contrat officiel présentait néanmoins un avantage sur le plan probatoire : en cas de litige, le contrat « blanc » bénéficiait d'une force probatoire bien moindre que celle du contrat « rouge » (*Hongqi*)⁶³⁰, dans la mesure où la falsification frauduleuse du premier était plus aisée.

Nous touchons là le point central pour comprendre l'utilité du contrat dans ce contexte socio-historique. Dans la Chine traditionnelle, il est habituel d'insérer à la fin du contrat une clause de ce genre : « De peur qu'on ne soit pas de bonne foi, on a dressé ce contrat qui servira de preuve »⁶³¹, ou « *Cet acte servira de preuve par la suite* »⁶³², ou encore « *De peur qu'il n'y ait plus de preuve, on a dressé ce contrat qui fera foi* »⁶³³. Ces clauses banales sont en revanche révélatrices de la fonction principale du contrat à l'époque classique : l'acte était fait pour attester une situation de fait, une transaction réalisée entre les parties. Dans l'écrasante majorité des cas, les obligations des parties – au moins l'une d'entre elles – ont été exécutées au jour même de la rédaction de l'acte⁶³⁴. Le phénomène se comprend aisément dans une logique probatoire : le contrat, loin d'être un acte créateur de droits et obligations pour l'avenir, constate une transaction achevée, ou au moins partiellement commencée.

Ce besoin d'une preuve écrite témoigne d'une attitude paradoxale des Chinois sur la nature humaine. « *En dépit de l'optimisme affiché par la foi confucéenne, les mandarins perçoivent le monde partiellement mauvais* »⁶³⁵. D'un côté, le respect de la

⁶²⁸Hansen, *op. cit.*,

⁶²⁹V., de nombreux contrats blancs collectés dans l'ouvrage de Zhang Chuanxi, *op. cit.*

⁶³⁰Terme utilisé pour désigner les contrats ayant fait l'objet d'un enregistrement officiel. Le rouge est la couleur du sceau apposé dans l'acte.

⁶³¹J. Gernet, Documents I, V, VI, VIII, IX, X.

⁶³²*Ibid.*, Document II.

⁶³³*Ibid.*, Document VII.

⁶³⁴« *Cette vache et ces céréales ont été échangés aujourd'hui même* ». (J. Gernet, *art. préc.*, Document I) ; « *Ce bœuf et ce prix ont été échangés aujourd'hui même* » (Document II) ; « *Ce taureau et cette soie ont été échangés aujourd'hui même* » (Document III) ; « *L'échange et la livraison de ces biens ont été accomplis aujourd'hui même* » (Document VI) ; « *Le prix de ladite maison en denrées ainsi que cette maison ont été livrés par les deux parties le jour de l'établissement du contrat* » (Document VII) ; « *Cette maison et (ce grain) ont été livrés aujourd'hui même et il ne manquait pas la moindre qualité de céréales* ». (Document VIII) .

⁶³⁵M. Bastianne-Bruguière, *art. préc.*, p.139.

parole donnée constitue l'un des piliers du confucianisme⁶³⁶. De l'autre côté, les gens se montrent toujours suspects aux promesses verbales.

Il arrive parfois que ces contrats créent des obligations dans le futur⁶³⁷. Il n'en demeure pas moins que ces actes avaient pour effet principal de fixer le passé. Autrement dit, c'est davantage un acte d'attestation qu'un acte de prévision. Dès lors, l'incomplétude du contrat ne pose pas de problème⁶³⁸, dans la mesure où les contrats «*marquent le début de la relation des parties plus qu'ils ne la fixent de manière définitive*»⁶³⁹. En revanche, la faculté de dédit, en ce qu'elle perturbe la certitude de la passée, était mal vue dans ce contexte. Les contrats faisaient généralement interdiction à l'acte de repentir⁶⁴⁰.

En définitive, la faculté de repentir ne trouve pas sa place dans le contrat chinois traditionnel. Si la vision actuelle du contrat n'est plus celle dans l'ancien régime, il n'en demeure pas moins que l'Histoire a laissé des traces dans la période contemporaine, qui fait la spécificité du contrat-relation par rapport à celle du contrat-source occidental.

B L'art de la distinction

135. L'art de la distinction et la pensée européenne Le droit français s'appuie largement sur un art de distinction et de qualification. Le droit est bâti sur les grandes distinctions en droit privé⁶⁴¹ et en droit public⁶⁴². La formation et l'exécution du contrat en sont une illustration. Ce raisonnement présuppose un arrière-plan philosophique particulier. Il s'agit bien du rationalisme cartésien, qui n'accepte que «

⁶³⁶On trouve ainsi beaucoup de paragraphes dans le Lunyu traitant la question de la sincérité. Ex., I.13 : « *Quand on peut accomplir sa promesse sans manquer à la justice, il faut tenir sa parole* »; II. 22 « *Je ne sais à quoi peut être bon un homme qui manque de sincérité* »; XIII.12 « *Un attelage de quatre chevaux ne saurait aller aussi vite que la langue* ».

⁶³⁷À titre d'exemple, on peut citer la garantie de l'éviction qui pèse sur le vendeur. Ex : « *Si, par la suite, (il apparaît que) ce taureau a été volé, on exigera du maître et du garant qu'ils fournissent compensation. Cela n'est pas l'affaire de l'acheteur* ».

⁶³⁸ Pour n'en donner qu'un exemple : la durée n'est que rarement fixé dans les contrats de location.

⁶³⁹ Guo Jian, *Xiezhi de touying*, Law press, Librairie de Sanlian, Shanghai, 2006, p.141.

⁶⁴⁰« *Après l'établissement du contrat, il n'est pas permis de se repentir [et de demander la rescision de la vente]. Le premier à se repentir sera puni d'une amende d'une pièce de toile qui sera attribuée à l'autre partie.* », J. Gernet, *art.préc.*, Document IV; « *D'après les règlements officiels, on n'est pas autorisé à se dédire* ». Document V; « *Conformément à la loi, elles ne pourront se dédire* », Document VI; « *La vente une fois faite, il n'est pas permis de se dédire* ». Document VII; « *D'après les règlements, il est interdit de se dédire* », Document VIII.

⁶⁴¹ RDA n°7, Le dossier : Les grandes distinctions en droit privé.

⁶⁴² RDA n°8 Le dossier : Les grandes distinctions en droit public.

deux couleurs, blanche et noire »⁶⁴³. C'est une logique de l'un ou de l'autre, mais on ne peut pas être à la fois l'un et l'autre, ce qui relève de la pure contradiction. L'art de distinction est un raisonnement en termes de l'être et de mouvement, mais il a du mal à saisir la transition, le passage de l'un à l'autre⁶⁴⁴.

136. L'art de distinction absent dans la pensée traditionnelle chinoise Cet art de distinction suppose une séparation radicale des deux termes, ce qui faisait précisément défaut dans le contexte chinois traditionnel. Au lieu d'opposer les deux termes de manière catégorique, les Chinois privilégient l'idée de la continuelle transformation et de la transition : l'un est toujours en quelque sorte déjà l'autre, en ce qu'il porte sur lui le germe en devenir de son contraire. Laozi l'a bien expliqué : « *Malheur! C'est sur lui que s'appuie le bonheur. Bonheur! C'est en lui se cache le malheur* »⁶⁴⁵. Beaucoup d'autres proverbes illustrent cette idée : « Une chose poussée à l'extrême évolue nécessairement vers son contraire » (物极必反); « *La tristesse vient juste après la joie excessive et après la fin du malheur vient la bonne chance* » (物极必反); « *Quand une chose arrive à son extrémité, elle se muera en son contraire* » (否极泰来); « *Après l'amertume, la douceur; Après la pluie, le beau temps* » (苦尽甘来); etc. Comme disait François Julien, « *en même temps qu'il creuse la différence, et par ce fait même qu'il va la creusant, chaque terme appelle son autre, à la suite, pour le compenser* »⁶⁴⁶.

Dans la pensée européenne où l'on poursuit la certitude et l'essence de la chose, il est primordial de fixer clairement le début et la fin, et la perception du temps « *s'opère à partir de deux instants ponctuels distincts limitant comme deux extrémités un laps de temps déterminé –, tel est entre (metaxu) le point de départ et le point d'arrivée du mouvement séparant l'avant et l'après* »⁶⁴⁷. L'Histoire est conçue en termes de rupture, composée de différentes époques⁶⁴⁸, marquée par une succession des grands « événements »⁶⁴⁹, guidée par une idéologie de progrès⁶⁵⁰. De l'autre côté, la Chine ancienne n'avait pas élaboré le concept de temps abstrait et monotone, et les

⁶⁴³ Yosiyuki NODA, « *La réception du droit français au Japon* », RIDC, 1963, p.556.

⁶⁴⁴ François Julien, *Les transformations silencieuses*, biblio essais, 2009, p. 22 et s.

⁶⁴⁵ Laozi, LVIII.

⁶⁴⁶ François Julien, *Du « temps » : Élément d'une philosophie du vivre*, biblio essais, 2001, p.83.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p.74.

⁶⁴⁸ Robert Jacob, *La grâce des juges*, op.cit., p.333 : « *En Occident, on se la représente ordinairement comme une succession de seuils de rupture, que ponctuent de grandes séquences temporelles : Antiquité, Moyen Âge, Temps modernes, âge de révolution... que l'on viendrait presque croire indépendantes les unes des autres* ».

⁶⁴⁹ Sur ce point, v., François Julien, *Les transformations silencieuses*, op. cit., p.116 et s., « *Mythologie de l'événement* ».

⁶⁵⁰ Alain de Benoist, « Une brève histoire de l'idée de progrès », in le même auteur, *Critiques, théoriques*, Edition L'âge d'homme, 2002, p.55 et s., spéc., p. 55 : « *L'idée de progrès apparaît comme l'un des présupposés théoriques de la modernité. On a même pu y voir, non sans raison, la véritable 'religion de la civilisation occidentale'* ».

Chinois ne se sont pas préoccupés par le début et la fin des choses : « *le monde meurt tous les jours, le monde naît tous les jours...Il ne donne pas à songer à l'Eternel, mais plutôt à l'inépuisable de ses ressources : tel est le « Ciel » qui, parce qu'il ne dévie pas de son cours, ne discontinue pas d'engendrer. (...) il n'y a donc jamais de traversée définitivement achevée, mais toujours du devenir de devenir, et donc de nouveau devant soi à découvrir* »⁶⁵¹.

Dans un tel contexte, l'idée qu'un contrat puisse fixer une fois pour toutes les situations futures était impensable à l'époque. Cette vision du monde a encore une place importante dans la mentalité des Chinois, ce qui ne facilite pas l'établissement d'une distinction de formation et d'exécution, telle qu'elle est conçue en droit français.

*
* *

136. Conclusion du Chapitre II Les arrhes sont susceptibles de remplir plusieurs fonctions juridiques. Celles-ci constituent l'aspect subjectif de la convention. En plus, ces fonctions varient dans les deux systèmes juridiques. Concernant la fonction libératoire, les arrhes-résolution se diffèrent des arrhes-dédit sur deux points. Le premier concerne leur champ d'application. Les arrhes-dédit ne peuvent plus être mises en œuvre après le commencement d'exécution du contrat, tandis que les arrhes-résolution peuvent intervenir jusqu'à l'exécution totale du contrat. Le deuxième intéresse l'effet libératoire que produisent ces deux conventions. La clause de dédit donne à son titulaire un droit potestatif de sortir du contrat, et son exercice n'est pas constitutif d'un manquement contractuel. Toutes les autres sanctions ne peuvent pas être prononcées à l'encontre de celui qui en fait usage. Les arrhes-résolution n'ont qu'un effet libératoire réduit, en ce sens qu'elles n'effacent pas le caractère fautif de la rupture prématurée, et qu'elles n'ont pour effet que de mettre obstacle à une demande en exécution forcée en nature.

La divergence se manifeste de manière plus nette s'agissant de la fonction comminatoire des arrhes, qui est absente en droit français. En droit chinois, deux sortes d'arrhes participent à renforcer le lien contractuel : les arrhes-promesse interviennent au stade précontractuel, qui incitent les parties à conclure le contrat

⁶⁵¹F. Julien, *Les transformations silencieuses*, op.cit., p.74.

définitif; les arrhes-exécution quant à elles entrent en jeu une fois le contrat conclu, ayant pour but de sa bonne exécution.

Plusieurs facteurs peuvent être avancés pour expliquer ces divergences. Il y a d'abord des explications juridiques, et deux d'entre eux méritent une attention toute particulière.

La fonction principale que joue la convention d'arrhes est pour partie commandée par le besoin d'un système juridique donné. Le droit français préconise le principe d'intangibilité pour les contrats formés. Cette solution garantit la sécurité juridique du pays, mais elle présente aussi l'inconvénient d'être trop sévère pour les parties. D'où la nécessité d'introduire une dose de souplesse pour permettre aux contractants de sortir du contrat le cas échéant. Outre un contrôle *a priori* renforcé qui accueille largement la demande d'annulation du contrat, le droit français encourage les parties à organiser elles-mêmes la porte de sortie. La faculté de dédit s'inscrit à cette logique. Un tel besoin fait défaut en droit chinois, pour qui le lien contractuel présente une sorte de fragilité : plusieurs possibilités sont organisées par le droit positif afin de permettre aux contractants de se débarrasser d'un contrat devenu inutile. La soit pour la sécurité juridique commande par conséquent que les arrhes jouent un rôle principalement comminatoire.

Une deuxième explication peut être fondée sur une différence de la vision du contrat que retiennent les deux droits en cause. Le droit français met en avant une conception morale et volontariste du contrat, celui-ci étant généralement traité sous l'angle de la source des obligations. La formation et l'exécution constituent une distinction cruciale en droit français des contrats. Le contrat est un acte de prévision qui est censé fixer la relation des parties une fois pour toute, et la force obligatoire est étroitement liée à la primauté de l'exécution forcée en nature. À l'opposé, le contrat en droit chinois est avant tout un outil économique, un fait social moralement neutre. Le droit chinois ignore la distinction binaire de la formation et de l'exécution du contrat. Le contrat est doté en outre d'une dimension collective. Dans un tel contexte, la volonté des parties n'a qu'une valeur relative, ce qui ne favorise pas la faculté conventionnelle de dédit.

Outre ces explications juridiques, nous devons aussi réserver une place pour les facteurs historiques et culturels. En effet, en droit chinois classique, le contrat n'était pas conçu comme un acte juridique, mais il était plutôt une pratique sociale entre les personnes privées, ce qui fait que la volonté privée n'avait pas le pouvoir créateur des

obligations. En même temps, le contrat dans la Chine ancienne jouait un rôle essentiellement probatoire, qui est peu compatible avec une possibilité de repentir.

Enfin, l'art de distinction pratiqué par les juristes français s'appuie en réalité sur un choix philosophique particulier qui n'est pas partagé par les Chinois de l'époque ancienne. Au lieu de raisonner en termes de distinction radicale et opposée, les Chinois ont privilégié l'idée d'interaction et de transformation réciproque entre deux choses. Dans ce contexte, la distinction entre formation et exécution du contrat était impensable.

137. Conclusion du Titre Premier Le mécanisme et la fonction juridique sont deux composantes pour la convention d'arrhes. Si le droit chinois et le droit français partagent le même mécanisme, ils se distinguent très nettement en ce qui concerne les fonctions juridiques que remplissent les arrhes, ce qui montre que ces deux composantes sont bien distinctes l'une de l'autre.

Pourtant, il ne faut pas nier que le mécanisme et la fonction sont deux éléments indispensables pour la convention d'arrhes. Ils entretiennent aussi des liens étroits entre eux. Et c'est cette interaction qu'il faut maintenant étudier.

TITRE II MÉCANISME ET FONCTION : DEUX COMPOSANTES LIÉE DES ARRHES

138. Plan En tant que deux composantes qui coexistent au sein d'une même convention, le mécanisme des arrhes et leur fonction juridique vont nécessairement entrer en contact, et on peut constater une interdépendance entre ces deux éléments. Cette interdépendance se traduit de deux manières : d'une part, le rôle du mécanisme d'arrhes dépend de la fonction poursuivie (Chapitre I); d'autre part, l'efficacité de la fonction est subordonnée au mécanisme emprunté (Chapitre II).

Chapitre I Le mécanisme d'arrhes et fonction poursuivie

139. L'utilité (Section I) et l'importance (Section II) du mécanisme d'arrhes ne sont pas les mêmes en présence des différentes fonctions juridiques.

Section I Utilité du mécanisme selon les différentes fonctions juridiques

140. Lorsque les arrhes visent à renforcer le lien contractuel, le mécanisme joue un rôle actif. Autrement dit, le mécanisme contribue à réaliser la fonction comminatoire (§1). En revanche, il ne fait que garantir la validité de la fonction libératoire (§2).

§1 Rôle actif du mécanisme : les arrhes-exécution et des arrhes-promesse du droit chinois

Pour bien saisir le rôle actif de la technique en présence d'une fonction comminatoire, on doit s'intéresser non seulement au moment de la mise en œuvre (A), mais aussi à la période avant le déclenchement du jeu des arrhes (B).

A Le rôle des arrhes avant le déclenchement du jeu

141. Trois fonctions de la remise anticipée des arrhes L'exigence de la remise anticipée des arrhes participe au renforcement de leur effet comminatoire de trois manières. Tout d'abord, elle témoigne de la sincérité de celui qui verse les arrhes⁶⁵². Ensuite, la dépossession de la somme crée une pression assez grande chez le débiteur, qui le pousse à l'exécution ou à la conclusion du contrat. En troisième lieu, on constate que dans la quasi-totalité des cas, c'est toujours le débiteur d'une obligation monétaire qui verse les arrhes, de sorte que cet acte constitue *de fait* un paiement partiel sur le prix total.

142. La bilatéralité de la règle La bilatéralité du mécanisme d'arrhes présente aussi un intérêt particulier pour la fonction comminatoire. Les arrhes ont certes une fonction de garantie sans le caractère bilatéral, mais c'est une garantie au sens classique du terme, à savoir la garantie d'une créance. En revanche, le propre de la convention d'arrhes, c'est que l'objet de la garantie n'est pas l'obligation prise isolément, mais au contraire le contrat dans son entier. Celui qui reçoit les arrhes subit aussi une pression pour mener une négociation de bonne foi en cas des arrhes-promesse, ou exécuter le contrat s'il s'agit des arrhes-exécution.

B Le rôle des arrhes au moment du déclenchement du jeu

143. Le caractère forfaitaire du jeu des arrhes La fonction comminatoire des arrhes est garantie par l'effet dynamique du mécanisme de la perte ou de la double

⁶⁵² C'est comme en matière de don manuel, où la tradition est requise pour que le donateur prenne conscience de la gravité de l'acte.

restitution. Celui-ci présente un caractère forfaitaire et intangible. Les arrhes n'ont pas pour objet de réparer un dommage contractuel, de sorte que leur montant n'est pas calqué sur le préjudice réel du créancier. C'est là que réside la principale différence avec le droit commun de responsabilité contractuelle⁶⁵³ ou précontractuelle⁶⁵⁴. En plus, contrairement à la clause pénale, le montant des arrhes n'est pas susceptible de révision judiciaire.

144. L'effet automatique du jeu des arrhes La convention d'arrhes présente un avantage particulier pour celui qui reçoit la somme : c'est son effet automatique. Le créancier obtient la satisfaction par le biais d'une compensation des deux dettes connexes. Ce procédé simple et efficace crée ainsi une grande sécurité pour le destinataire des arrhes.

145. Comparaison avec la fonction libératoire Tous les éléments de la technique d'arrhes, à savoir son caractère réel et onéreux, la bilatéralité du jeu des arrhes qui est à la fois intangible et automatique, s'adaptent parfaitement à une fonction comminatoire. La fonction poursuivie est réalisée via le mécanisme employé. Ce dernier joue un rôle actif.

Ce même rôle ne se retrouve pas quand on est en présence d'une fonction libératoire. L'efficacité du dédit n'est pas conditionnée par son caractère onéreux ou réel. Au contraire, ces éléments limitent plus ou moins la liberté réelle du titulaire. Il en va de même pour le caractère bilatéral : le dédit ne devient pas plus efficace lorsqu'il concerne les deux parties. Bref, le mécanisme d'arrhes ne participe pas à la réalisation de la fonction libératoire, il ne fait que l'accompagner.

Cela étant, il ne faut pas déduire de là que la technique des arrhes ne joue aucun rôle pour la fonction libératoire. La technique est utile en ce sens qu'elle garantit la validité de la faculté de dédit.

⁶⁵³ L'art. 113 de la *LCC*.

⁶⁵⁴ L'art. 42 de la *LCC*.

§2 Rôle passif du mécanisme : les arrhes-débit du droit français

146. Les arrhes-résolution ne jouent pas un rôle libératoire à proprement parler. Par conséquent, on se concentre uniquement sur le dédit en droit français. Le mécanisme d'arrhes peut en réalité justifier la validité des arrhes libératoires qui seraient autrement illicites, que ce soit en droit commun à cause de sa potestativité (A) ou en droit consommériste, au nom de la clause abusive (B).

A En droit commun : grief de la potestativité

147. L'article 1174 du Code civil énonce que « *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ». Or, la parenté entre la condition potestative de la part du débiteur et la clause de dédit est frappante : le dédit, en ce qu'il permet à un contractant de retirer unilatéralement son consentement donné, ne constituerait-il pas une condition potestative selon les termes du texte précité ?

Pour examiner l'applicabilité de cette prohibition à l'encontre de la clause de dédit (1), il est nécessaire de cerner le sens exact de cette règle (2).

1°. la théorie de la condition potestative

148. Après une analyse critique de la thèse actuelle sur la prohibition des conditions potestatives (a), nous nous proposons de donner une nouvelle présentation sur la règle (b).

a) Analyse critique de la thèse actuelle sur la prohibition des conditions potestatives

149. Une évolution en deux temps On distingue classiquement deux phases dans l'évolution que connaît l'article 1174 : la phase classique fondait l'interdiction sur le défaut d'un élément essentiel pour toute obligation, à savoir la volonté de s'engager ; la phase moderne voit apparaître un nouveau critère qu'est celui de l'arbitraire.

150. La période classique : l'absence de volonté de s'engager⁶⁵⁵ La triple division fondée sur la nature de l'événement érigée en condition, à savoir la condition casuelle, la condition mixte et la condition potestative, n'est pas une innovation du Code civil Napoléon, elle existait déjà en droit romain⁶⁵⁶, également conservée en l'Ancien droit. Or, derrière cette continuité apparente, les rédacteurs du Code civil ont, consciemment ou non, introduit quelques modifications d'importance inégale, rendant possible la rupture radicale avec la tradition romaine, qui s'est réalisée ultérieurement.

La première concerne la définition de la condition mixte. Selon l'article 1171 du Code Civil, les conditions qui dépendent de la volonté d'un contractant et du hasard ne relèvent plus de cette catégorie⁶⁵⁷. La définition restrictive de la condition mixte qu'adopte le Code civil trouve sa source d'inspiration dans les écrits de Pothier⁶⁵⁸, sans que la justification ne soit explicitée par l'auteur⁶⁵⁹.

En second lieu, c'est le sens de la condition potestative qui se trouve modifié. Pothier reste assez fidèle à la tradition romaine sur ce point, en ne définissant la condition

⁶⁵⁵ V. parmi d'autres, Jean-Jacques Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques : Contribution à l'étude de l'obligation juridique*, Lille, 1977 ; Mathias Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ ; Olivier Millhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ 2001 ; Jacque Ghestin, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Mélanges WEILL*, 1983, p. 243 et s. ; Stéphane Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM 1999.

⁶⁵⁶ Pascal Pichonnaz, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, 2008, p. 447 ; Reinhard Zimmermann, *The law of obligations : Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, p. 722.

⁶⁵⁷ Le droit romain retenait en revanche une compréhension plus large, la condition mixte étant définie comme celle qui dépend à la fois de la volonté du créancier et du hasard. V. Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, par F.SENN, réédition présentée par J.-P. LÉVY, 8e éd. Dalloz, p. 503 ; Pascal Pichonnaz, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, Schulthess, 2008, n 2018.

⁶⁵⁸ Selon l'éminent auteur de l'ancien droit, « La condition mixte est celle qui dépend du concours de la volonté du créancier et celle d'un tiers, si vous épousez ma cousine ». (Robert-Joseph Pothier, *Traité des obligations*, Dalloz 2011, n 201, p. 85.)

⁶⁵⁹ L'explication la plus plausible est d'éviter que la condition potestative ne devienne une catégorie purement d'école, dépourvue de tout contenu substantiel. On peut citer à ce propos les remarques de Demolombe : « Si en effet, on avait tenu compte de l'élément casuel, qui entre dans l'élément potestatif, pour en faire la condition mixte, il est manifeste que la condition potestative aurait elle-même presque toujours disparu ! » (Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 25, 1871, n° 289, p. 287). Dans le même sens, v. Théodoresco, André-Raoul, *La Théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français*, 1923, pp.18-19 : « Si une condition, par cela seul que le hasard a aussi un rôle dans sa réalisation, était mixte, les cas où il y aurait des conditions potestatives deviendraient infiniment rares. Presque toujours le hasard est un agent plus ou moins important dans la réalisation de ces conditions, par exemple des suivants : si je fais tel voyage, si je me décide à vendre ma maison ». Aussi TAISNE, Jean-Jacques, *La notion de condition dans les actes juridiques : Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, Université de Lille II, 1977, p.116, note 9 : « Les raisons de cette modification n'apparaissent pas à la lecture de POTHIER. Il semble que l'on ait voulu ne pas vider de son contenu la catégorie des conditions potestatives, puisque pour réaliser l'évènement en son pouvoir, le créancier doit toujours compter avec des obstacles imprévus ».

potestative qu'à l'égard du créancier⁶⁶⁰. « *Du coup, les conditions stipulées au profit du débiteur n'avaient alors, dans sa classification, aucune dénomination propre* »⁶⁶¹. Les rédacteurs du Code civil ont en revanche bilatéralisé la notion de condition potestative, ces conditions *si voluero* en faisant désormais partie⁶⁶². Or, cet élargissement pose immédiatement une question délicate. Largement étendue, la prohibition est susceptible d'invalider certaines institutions pourtant admises par le Code civil⁶⁶³. Il revient dès lors à la doctrine de l'époque de réduire à nouveau la portée de cette prohibition⁶⁶⁴.

Une interprétation littérale du texte a permis aux commentateurs du Code civil de déduire quelques restrictions⁶⁶⁵. La doctrine a ensuite introduit une sous-distinction : à côté des conditions potestatives prohibées, il existe en fait des conditions potestatives valables.

Le critère de la distinction s'appuie largement sur les écrits de Pothier⁶⁶⁶. La condition purement potestative s'entend par celle portant sur le consentement même du débiteur (si je veux), tandis que la condition simplement potestative est celle qui porte sur un fait extérieur mais dont le débiteur a une totale maîtrise (si je vais à Paris). La validité de ce dernier se justifiait par le fait qu'il existe un lien juridique, fût-ce dans un état latent⁶⁶⁷.

Sur le plan pratique, on s'aperçoit très vite que par une telle construction subtile et

⁶⁶⁰ « *La condition potestative est celle qui est au pouvoir de celui envers qui l'obligation est contractée; comme si je m'oblige envers mon voisin de lui donner une somme s'il abat dans son champ un arbre qui me bouche la vue* ». Robert-Joseph Pothier, *op.cit.*, n° 201, p.85.

⁶⁶¹ Latina, Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2009, n°298, p. 216.

⁶⁶² Il est intéressant de constater que dans les écrits de Pothier, la condition *si voluero* n'est pas traitée au même endroit de la triple division des conditions casuelle, potestative et mixte. Il est clair que dans l'esprit de l'auteur, ces conditions ne font pas partie des conditions potestatives.

⁶⁶³ Il suffit de citer quelques-uns à titre d'illustration : la vente à réméré, la vente faite à l'essai (art. 1588), la vente à réméré (art. 1659), la promesse unilatérale de vente, ainsi que, la faculté de dédit prévue par l'article 1590 du Code.

⁶⁶⁴ BONNET, David, *Cause et condition dans les actes juridiques*, L.G.D.J. 2005, n°900, pp. 502-503 : « *Afin d'expliquer une telle validation malgré la lettre contraire du Code civil, des distinctions ont été proposées au sein de la condition potestative dans le but de restreindre le champ de sa prohibition et d'augmenter, systématiquement, le champ des conditions potestatives autorisées* ».

⁶⁶⁵ D'un côté, puisque le texte ne parle que de la condition potestative « *de la part de celui qui s'oblige* », on en a déduit, par un raisonnement *a contrario*, qu'une telle condition de la part du créancier est tout à fait valable. D'un autre côté, cet article emploie le terme « *obligation contractée sous condition* », ce qui laisse certains à croire que les rédacteurs semblent vouloir le réserver aux seules conditions suspensives. *JurisClasseur Civil Code* > Art. 1168 à 1174 par Jean-Jacques Taisne, n° 32). Une partie de la doctrine a défendu l'idée que dudit texte n'est pas applicable aux contrats synallagmatiques, au motif que dans ces contrats chacun cumule sur sa tête les deux qualités de créancier et de débiteur (V. par exemple, Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. IV, 5^e éd., § 302, p.105. Il faut noter que cette opinion n'est pas partagée par tous les auteurs classiques. Cependant, elle est confirmée par certaines décisions judiciaires. *Cass. com.*, 28 avr. 1956 : *Bull. civ.* 1956, III, n° 382. -*Cass. com.*, 21 nov. 1962 : *Bull. civ.* 1962, III, n° 832. - *Cass. com.*, 11 mars 1968 : *Bull. civ.* 1968, IV, n° 101. -*Cass. 3^e civ.*, 21 janv. 1971 : *D.* 1971, p. 323 ; Defrénois 1971, art. 29861, note Aubert ; *RTD civ.* 1971, p. 632, n° 9, obs. Loussouarn).

⁶⁶⁶ Pothier, *op.cit.*, n°205, p. 87 : « *Pour qu'une condition soit valable, et suspende l'obligation sous laquelle elle est contractée, il faut 4^o qu'elle ne détruise pas la nature de l'obligation : telle est la condition qui ferait dépendre l'obligation de la pure et seule volonté de la personne qui s'engage; comme si je promettois de donner quelque chose à quelqu'un, si cela me plaisait, SI VOLUERO : car l'obligation étant juris vinculum quo necessitate adstringimur, et renfermant essentiellement une nécessité de donner ou de faire quelque chose, rien n'est plus contraire à sa nature, que de la faire dépendre de la pure volonté de celui qu'on supposerait la contracter; et par conséquent une telle condition ne suspend pas, mais détruit l'obligation, qui pèche en ce cas par le défaut de lien dont nous avons déjà parlé supra... ».*

⁶⁶⁷ GJIDARA, Sophie. *Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats*, LPA.21 et 22 juin 2000, n°10 : « *puisque la partie dont dépend l'événement doit faire un acte ou s'abstenir d'un acte, sa volonté n'agissant pas directement sur l'obligation, mais sur le fait ou l'événement à la survenance duquel cette obligation est subordonnée* ».

complexe, on aboutit finalement à un résultat presque identique à celui existant depuis le droit romain⁶⁶⁸. Le changement est néanmoins radical sur le plan conceptuel.

En premier lieu, le fait d'intégrer la condition *si voluero* touche directement la notion même de condition-modalité, en ce qu'il laisse entendre la possibilité juridique – non pas seulement matérielle – pour l'une des parties d'influer sur le déroulement de l'événement en question. C'est là que résiderait la racine de toute difficulté dans la théorie des conditions potestatives, car elles ne sont pas à proprement parler des conditions!

En second lieu, on confère à la condition potestative une connotation péjorative, jusqu'alors absente dans sa définition⁶⁶⁹. L'idée de sanction imprègne désormais cette notion.

Enfin, comme une conséquence logique de la précédente, la primauté de la condition potestative (nulle) s'établit au détriment des deux autres types de conditions, à tel point que « *cette classification a pour unique intérêt de permettre l'éviction des conditions potestatives pour le débiteur* »⁶⁷⁰.

151. La thèse moderne : L'arbitraire du débiteur Sous sa version classique, la condition purement potestative se rencontre rarement dans la vie quotidienne⁶⁷¹. C'est ainsi que très tôt, l'inutilité d'une telle institution a été dénoncée par une partie de la doctrine⁶⁷².

Cependant, ce constat théorique est démenti par la pratique des juges et l'on est frappé par le nombre des décisions rendues sous visa de l'article 1174 depuis quelques décennies. C'est que la jurisprudence ne semble jamais adopter cette thèse de manière absolue. Animée par un souci de moraliser le contrat ainsi que de simplifier la matière⁶⁷³, la jurisprudence a réactivé cette disposition en étendant son champ d'application : d'une part,

⁶⁶⁸ Certes, le recul de condition mixte et l'extension corollaire du côté de condition potestative peuvent être constatés, mais cette extension ne s'estompe-t-elle pas devant la sous distinction effectuée? Plus encore, ce qui se trouve condamné par l'article 1174, n'est-ce pas l'ancienne condition *si voluero*, la seule différence étant que désormais, elle sera désignée sous sa nouvelle appellation, à savoir la condition purement potestative.

⁶⁶⁹ En réalité, la condition potestative était valable au même titre que les conditions mixte et casuel, à l'époque romaine. L'intérêt d'une telle distinction concernait principalement les testaments (André-Raoul Théodoresco, *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titres onéreux en droit français*, 1923, pp.38-39).

⁶⁷⁰ JurisClasser Civil Code > Art. 1168 à 1174 par Jean-Jacques Taisne, n° 25.

⁶⁷¹ Comme l'a bien démontré M. Goubeaux, « *La condition purement potestative est presque une hypothèse d'école. Pratiquement, la question ne se pose qu'à propos de conditions simplement potestatives, voire de conditions mixtes. En pareil cas, il est excessif de dire que le débiteur n'a souscrit aucun engagement. Même suspendue par une condition, l'obligation menaçante limite sa liberté* ». Deffrénois 1974, II, 17786.

⁶⁷² On peut citer la critique sévère de Demolombe : « *Mais alors, cet article 1174 ne sert à rien dans notre Code ! Cela pourrait bien être* »! (Cours de Code napoléon, t. XXV, *Traité des contrats et des obligations en général*, t. II, 1878, n° 314, *in fine.*) cette opinion est partagée par Théodoresco, et à la fin de sa thèse il a ainsi écrit que « L'article 1174 avec la nullité qu'il renferme reste un vestige du passé ». (André-Raoul Théodoresco, *op.cit.*, pp. 85-86)

⁶⁷³ On se contente de reprendre ici les deux tendances identifiées par M. Taisne dans sa thèse, même s'il n'est pas certain que le deuxième objectif est atteint par la suite.

les garde-fous traditionnelles sont largement remis en cause⁶⁷⁴; d'autre part, on sanctionne souvent un droit subjectif par le biais de l'article 1174⁶⁷⁵.

Pour expliquer cette évolution jurisprudentielle, une partie de la doctrine a avancé, dès les années 70, une thèse moderne de la condition potestative⁶⁷⁶. L'article 1174 vise désormais à protéger le créancier contre l'arbitraire de son débiteur⁶⁷⁷. La validité de la condition dépend « *du point de vue de savoir si le débiteur pouvait arbitrairement se dégager de tout ou partie de son obligation* »⁶⁷⁸. Une divergence subsiste néanmoins. Tandis que certains auteurs s'intéressent quasi exclusivement à l'existence ou non d'un déséquilibre significatif sur le plan économique⁶⁷⁹, les autres vérifient aussi, outre la contrepartie financière, la possibilité d'un contrôle objectif de la décision prise par le débiteur⁶⁸⁰.

Or, ce nouveau rôle joué par la prohibition des conditions potestatives pour le débiteur a suscité à nouveau une réflexion doctrinale quand au maintien de cette règle dans le système juridique⁶⁸¹.

⁶⁷⁴ La division traditionnelle est battue en brèche, les juges n'hésitant pas à appliquer dudit article à des hypothèses relevant plutôt de la catégorie de condition « simplement » potestative, ou même de celle de conditions mixtes ; en outre, les conditions ainsi que les conditions affectant un contrat synallagmatique n'échappent plus au contrôle de la potestativité.

⁶⁷⁵ Deux raisons peuvent être avancées sur ce sujet. D'abord, cela est rendu possible par l'ambiguïté inhérente du terme « condition ». Sur ce point, on se contente de renvoyer au développement que fait Olivier Millhac dans sa thèse *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ, 2001. Ensuite, il faut noter que l'article 1174 est le seul dans le Code civil qui traite le phénomène de la potestativité. Or, avec la montée de l'unilatéralisme au sein du contrat, le juge ne dispose pas d'autre texte disponible pour lutter contre certains privilèges exorbitants.

⁶⁷⁶ Il faut notamment citer trois auteurs principaux qui, à même époque, ont contribué à la naissance d'une telle théorie. Ghestin, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative » : *D.* 1973, chron. p. 293 ; « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Études Weill 1983*, p. 243 s. Goubeaux, obs. ss CA Paris, 15 mars 1974 : *JCP G* 1974, II, 17786 ; Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties : *Defrénois* 1979, art. 31987. TAISNE, Jean-Jacques, *La notion de condition dans les actes juridique : Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, Université de Lille II, 1977. Cette thèse est aujourd'hui acceptée désormais par la majorité de la doctrine.

⁶⁷⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, Vol. II, PUF, 2004, p. 2161 : « *Le vrai c'est que l'on peut se faire de la condition potestative deux conceptions : l'une purement technique, (potestas = volonté), l'autre sociale (potestas = puissance); suivant cette dernière conception, ce qu'il faudrait rechercher, pour appliquer l'a. 1174, ce n'est pas si l'obligation, dans son mécanisme abstrait, est subordonnée à la volonté du débiteur, mais bien plutôt si celui-ci, concrètement, tient le créancier sous sa puissance* ».

⁶⁷⁸ J. Ghestin, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Études Weill 1983*, n°14, pp.252-253.

⁶⁷⁹ V. O. Millhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ, 2001, n138, p. 45. « *La condition potestative n'a pas vocation à s'appliquer chaque fois qu'un arbitraire pourra être exercé par l'un des contractants. Encore faudra-t-il que cet arbitraire puisse être exercé par l'un des contractants. Encore faudra-t-il que cet arbitraire entraîne un déséquilibre contractuel, une perte au détriment de l'une des parties. C'est pourquoi, dans un contrat tel que la vente, ce déséquilibre ne pourra naître que si la condition potestative n'affecte que des obligations isolées pouvant entraîner l'accaparement d'une prestation par l'une des parties. Au cas où l'ensemble des prestations seraient visées par la condition, la pseudo-condition potestative sera valable et cachera en réalité un droit potestatif* ». Dans le même sens, « *L'arbitraire du débiteur ne subit les foudres de l'article 1174 que s'il engendre un déséquilibre contractuel, si le débiteur, qui s'est ménagé la possibilité de faire disparaître sa dette après coup, s'est emparé entre temps de la prestation de son cocontractant* ». (S. Gjidara, Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à l'article 1178 du Code civil : *LPA* 21 et 22 juin 2000, n° 123 et 124,).

⁶⁸⁰ Cela est notamment mis en avant par MM. Ghestin et Taisne.

⁶⁸¹ La littérature est très abondante sur ce sujet. Voir parmi d'autres, S. Gjidara, *art. préc.* ; B. Dondero, « De la condition potestative licite », *RTD. Civ.* p. 677; W. Dross, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD. Civ.* 2007, p. 701 ; S. Valory, *La potestativité dans les relations contractuelles* : PUAM, 1999 ; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats* : LGDJ 2009 (Bibl. dr. privé), t. 505.

152. Les critiques doctrinales : la fausseté de la notion La notion même de condition potestative est inexacte, celle-ci n'étant pas à proprement parler une condition au sens de modalité. La fausseté de cette notion résulte de deux confusions : une confusion entre la condition-validité et la condition-modalité, et une confusion entre le pouvoir matériel et la faculté juridique.

Tous les auteurs sont d'accord pour distinguer deux sens du mot « *condition* » sur le plan juridique : « *La condition d'un engagement définitif des parties peut être conçue soit comme une modalité de la convention, soit comme un de ses éléments essentiels, conformément au double usage que ce vocable reçoit dans le Code civil* »⁶⁸².

Selon un enseignement classique, pour constituer une condition-modalité, il faut que le contrat puisse exister indépendamment de la stipulation en cause, cette dernière ne participant pas à son essence. Or, la prétendue condition purement potestative porte directement sur le consentement même de l'une des parties. Ne relève-t-elle pas plutôt à la condition-validité? C'est ainsi que M. Valory a pu parler dans sa thèse « *la contrariété inhérente de la condition potestative* »⁶⁸³.

Cette critique est pourtant insuffisante pour réfuter la thèse moderne qui ne se limite plus à sanctionner les conditions portant sur le consentement. L'important, selon cette thèse, est de vérifier si le débiteur peut désengager arbitrairement sous couvert du jeu de la condition. Cette thèse séduisante commet néanmoins une autre confusion entre le pouvoir matériel et la faculté juridique.

Une chose est de dire que la réalisation d'une condition requiert le concours du débiteur, autre est d'affirmer que ladite condition se trouve au bon vouloir de ce dernier. Pour que ce soit le cas, il faut que le débiteur soit totalement libre d'apporter son concours. De deux choses l'une : soit le débiteur est tenu de donner son concours, et on est en présence d'une obligation de sa part, soit au contraire, le débiteur reste libre de décider seul son comportement, il y a alors un droit potestatif à son profit. Par conséquent, il y a une sorte d'incompatibilité entre 'condition' et 'potestativité'⁶⁸⁴. Derrière ce même vocable, se cache deux réalités bien distinctes – obligation ou droit – aucune d'elles n'étant une condition-modalité au sens strict du terme⁶⁸⁵.

⁶⁸² P. Jourdain, note sous Cass.civ 3, 5 jan. 1983, *D.*1983, 618.

⁶⁸³ S.Valory, *op.cit.*, n°99, p.158.

⁶⁸⁴ TAISNE, Jean-Jacques, *op.cit.*, n°68, p.109.

⁶⁸⁵ Sur cette question, voir D.Bonnet, *Cause et condition dans les actes juridiques*, LGDJ 2005, n°s 1026 et s.

Cette confusion est due, selon nous, à l'introduction de condition *si voluero* au sein de la catégorie condition-modalité. On se contente, dans la majorité des cas, de constater que le débiteur peut **matériellement** empêcher ou provoquer la réalisation de la condition, sans se préoccuper du point de savoir s'il est autorisé **juridiquement** de le faire. L'absurdité d'un tel raisonnement apparaît clairement si on le pousse jusqu'à son terme extrême. Toutes les conditions mixtes sont potestatives, en ce sens que sans l'intervention positive de l'une des parties, la réalisation de l'événement serait impossible⁶⁸⁶. L'étape ultime de ce raisonnement serait de considérer les contrats comme conditionnels chaque fois que l'exécution forcée de l'obligation n'est pas possible, au motif que dans ces hypothèses, l'obtention de la prestation promise n'est qu'aléatoire⁶⁸⁷.

153. Les critiques doctrinales : une notion inutile S'agissant de la conception classique, l'article 1174 semble faire double emploi avec l'article 1108 du même code. Selon certains auteurs, ce dernier texte suffit à résoudre le problème que soulève l'absence du consentement à l'acte. La prohibition des conditions potestatives est dès lors redondante⁶⁸⁸.

Quant à sa fonction moderne, la plupart des auteurs s'appuient sur l'article 1178 du même code pour démontrer l'inutilité de la théorie des conditions potestatives. Ce premier texte permet un contrôle *a posteriori*, en réputant la condition accomplie si le débiteur en a empêché l'accomplissement⁶⁸⁹.

154. Un débat sur la survie de la condition potestative Les critiques à l'encontre de cette institution sont parfois très sévères : « *La condition potestative ne présente plus désormais que l'image floue d'une notion mal définie, devenue instrument d'équité aux mains des juges, mais sources d'insécurité pour les*

⁶⁸⁶ D. Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, « on a pu reprocher à la doctrine classique de faire de la condition *si voluero* une 'hypothèse d'école', on pourrait adresser le même reproche à la doctrine moderne s'agissant de la condition valable ».

⁶⁸⁷ V. notamment Pierre-André BON, *La condition portant sur l'exécution d'une obligation*, LPA. 2007, 26 juin 2007.

⁶⁸⁸ On peut citer à ce propos l'exposé des motifs de M. Borghetti en ce qui concerne les obligations conditionnelles, dans l'avant projet Terré : « *La raison en est que lorsqu'on est en présence d'une condition *si voluero*, il y a en fait un défaut de consentement, qui justifie à lui seul la nullité de l'obligation, sans qu'il soit besoin de passer par le truchement de nullité de la condition. Dans le cas où il y a un consentement véritable, en revanche, l'opportunité de prévoir la nullité de l'obligation est très discutable* ». in *Pour une réforme du régime général des obligations*, Sous la direction de François Terré, Dalloz, 2013, p. 64.

⁶⁸⁹ Cette disposition a été bilatéralisée par la jurisprudence et s'applique aussi aux conditions résolutoires. V. Mathias Lattina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, n°563, p. 429.

justiciables »⁶⁹⁰. Certains auteurs ont émis le vœu de revenir sur la thèse classique⁶⁹¹, ou de renouveler son fondement⁶⁹², et un courant radical n'hésite pas à manifester le souhait de supprimer purement et simplement l'article 1174⁶⁹³.

Or, cette solution nous paraît trop excessive. *De lege data*, la prospérité de l'article 1174 ne fait pas de doute, et les juges ne cessent de le solliciter dans les diverses affaires. *De lege ferenda*, il n'est pas certain qu'une réforme en la matière conduise à le supprimer du droit positif⁶⁹⁴. Surtout, l'approche globale de ces critiques n'emporte pas notre conviction. Derrière le même vocable, se cache en réalité plusieurs problèmes juridiques.

b) Essai d'une nouvelle présentation de la prohibition des conditions potestatives

155. Trois fonctions principales de l'article 1174 dans la jurisprudence Trois cas de figure peuvent être distingués. Tout d'abord, l'article 1174 constate le caractère inachevé de la formation du contrat. Dans une telle perspective, l'article vise à préserver les libertés contractuelles des parties contractantes. Ensuite, les juges l'utilisent pour mettre fin à la période *pendente conditione* dont l'incertitude est préjudiciable pour le créancier. Enfin, et d'une manière plus contestable, les juges sollicitent parfois ce texte pour neutraliser le droit potestatif prévu par les parties.

156. La première utilité : la confirmation de la liberté contractuelle La condition purement potestative dans son acception classique n'est pas une véritable condition, en ce qu'elle porte sur le consentement même du débiteur. Le contrat affecté d'une telle '*condition*' n'est pas encore formé, et on se situe au stade de la période précontractuelle. Dans ce cas, la prétendue « *nullité* » édictée par l'article

⁶⁹⁰ Alex POSEZ, *l'inexistence du contrat*, Thèse de Paris, 2010, 14, n°284, p. 486.

⁶⁹¹ V. Par exemple, Pierre-Yves Gautier et François Chénéde, « Charles Demolombe, la condition potestative », *RDC* 2013, p.291 et s. ; p. 1131 et s. ; Mathias Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ.

⁶⁹² Dimitri Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, n°183 et s.

⁶⁹³ V. parmi d'autres, W. Dross, *art.préc* ; S. Valory, *op.cit.*

⁶⁹⁴ Les réformes en cours ont réservé toute une place pour la prohibition des conditions potestative de la part du débiteur. Dans son article 1175, l'avant-projet Catala dispose que « *Est nulle toute obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ; mais cette nullité ne peut être poursuivie lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause* ». Il en va de même pour le projet Chancellerie, qui dispose dans son article 119 que « *Est nulle toute obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être poursuivie lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause* ».

1174 signifie simplement que les parties ne sont pas engagées dans une relation contractuelle et demeurent libres de ne pas poursuivre la négociation. Le contrat est moins nul qu'inexistant. Il est dépourvu de toute force obligatoire⁶⁹⁵.

L'absence de volonté à s'engager peut se traduire de deux manières. Ladite 'condition' peut tout d'abord porter sur le consentement lui-même. C'est le cas où la perfection de vente est subordonnée à la réitération par l'acquéreur de son intention d'acquiescer⁶⁹⁶, à l'agrément écrit de la société vendeuse⁶⁹⁷, ou à l'obtention d'un prêt dont le montant maximum est laissé à la discrétion de l'acquéreur⁶⁹⁸. Il en va de même si les parties ont prévu que leur accord serait nul et non avenu de plein droit « *si l'acquéreur ne pouvait ou ne voulait pas passer l'acte et en payer le prix* »⁶⁹⁹.

D'une manière indirecte, la condition potestative peut ensuite toucher le contenu de l'engagement, l'imprécision du contenu étant le reflet de l'absence du consentement⁷⁰⁰. C'est surtout l'imprécision sur le prix qui donne aux juges l'occasion d'employer ce texte⁷⁰¹.

En résumé, l'article 1174 du Code civil sert, dans sa première fonction, à constater le processus inachevé de la formation du contrat, l'acte étant inexistant au sens juridique. Elle signifie d'abord que celui qui a une totale maîtrise sur la réalisation de l'événement conserve sa liberté de ne pas s'engager contractuellement⁷⁰². Mais en même temps, la présence d'une condition purement potestative rend inefficace, par voie de conséquence, l'engagement de l'autre partie du contrat, de sorte qu'il trouve

⁶⁹⁵ Douai, 22 mars 1999, *Juris-Data*, n°043963. En l'espèce, les deux parties ont subordonné formellement la perfection du contrat de vente à la signature de l'acte authentique, ce qui conduit le juge du fond à affirmer que l'acte « *constitue un simple projet dépourvu de force obligatoire. Il ne s'agit pas d'une vente parfaite, au sens de l'article 1589 du code civil, ni de vente avec terme suspensif, puisque les parties n'ont pas donné leur consentement définitif à la vente, à effets immédiats ou différés dans le temps. En l'espèce, les parties ne se sont pas engagées, la promesse ' n'étant qu'un projet ou, ce qui revient au même, une vente sous condition potestative, les parties ayant l'une et l'autre fait de la signature de l'acte notarié avant une certaine date la condition même de leur engagement ' , à peine de caducité* ». Dans le même sens, Cass. 3^e civ., 7 juin 1983 : *Bull.civ.* 1983, III, n°132.

⁶⁹⁶ Grenoble, 15 décembre 1982, *Juris-Data*, n°043857 ; Cass. Com., 23 septembre 1982, n° 81-10.131 ; Cass. Com., 8 février 1982, n°80-14.389.

⁶⁹⁷ Cass. Com., 9 décembre 1980, n°79-11.550. V. cependant, Orléans, 27 mai 2002, *Juris-Data* : n°187318, la condition potestative est déclarée nulle sans que la validité du contrat ne soit remise en cause.

⁶⁹⁸ CA Bordeaux, 30 avril 2007, *Juris-Data*:n°335680.

⁶⁹⁹ Cass. 3^e civ., 7 juin 1983, n°82-10.281.

⁷⁰⁰ C'est ainsi que la Tribunal de grande instance de Nîmes (TGI Nîmes, 18 juillet 2003, *Juris-Data* : n°241105) n'a pas hésité d'invoquer l'article 1174 pour déclarer nulle une promesse unilatérale de vente à cause de l'absence de toute précision, « *tant en ce qui concerne les conditions de la réalisation des parkings outre celle des appartements représentatifs de la dation en paiement (aucun plan n'ayant été annexé signé des parties), qu'en ce qui concerne la date de leur livraison* ». Dans une autre affaire similaire, la Cour d'appel de Colmar (Colmar, 22 octobre 2009, *Juris-Data* : n°241105) a rejeté la qualification de promesse synallagmatique de vente et a libéré l'acquéreur de son obligation d'acheter le bien après avoir constaté que « *la condition suspensive liée à l'obtention d'un prêt par les acquéreur ne précise ni les conditions du financement ni le délai d'obtention du prêt* ».

⁷⁰¹ V. Parmi d'autres, Cass. 3^e civ., 6 décembre 2005, n° 04-18.094, où la vente était conclue sous la condition particulière 'de l'accord des vendeurs pour le prix demandé ' ; Cass. Com., 2 février 1967, *Bull.civ.* 1967, IV, n° 305, où le prix de concession d'une licence d'exploitation exclusive de brevet d'invention fait défaut.

⁷⁰² C'est la raison pour laquelle on n'emploie pas le terme « débiteur », car il n'en est pas un, faute d'engagement de sa part. ass. Com., 8 février 1982, *Bull.civ.*, IV, n° 47 ; Cass. Com., 9 décembre 1980, *préc.* ; Cass. Com., 21 novembre 1989, n° 88-12.986.

aussi dans certaines circonstances un intérêt à agir sur le fondement de l'article 1174⁷⁰³.

157. La deuxième utilité : la mise à fin de l'incertitude en présence des conditions mixtes L'application extensive de l'article 1174 à des conditions mixtes ne fait pas de doute⁷⁰⁴. Dans ces hypothèses, l'une des parties acquiert une maîtrise, fût-elle partielle, sur le sort de la vente : si elle ne parvient pas à réaliser seule la condition suspensive, elle est au contraire en mesure de l'empêcher. La situation n'est guère différente pour le créancier : il est soumis au bon vouloir de son débiteur⁷⁰⁵.

Or, une partie importante de la doctrine considère que l'article 1178 suffit à sanctionner toute manœuvre frauduleuse dans ce cas de figure. Cette opinion n'emporte pas notre conviction. L'application de l'article 1178 présuppose la défaillance (ou, dans le cas d'une condition résolutoire, la réalisation) de la condition. Or, les parties peuvent ne pas enfermer la condition dans un délai déterminé. Dans une telle hypothèse, le débiteur a la possibilité de retarder infiniment la naissance des obligations, sans que l'on puisse lui reprocher sur le terrain de l'article 1178, la défaillance de la condition n'étant pas encore acquise. Le principe de la prohibition des engagements perpétuels est aussi sans remède, celui-ci étant écarté par l'article 1176 du même code⁷⁰⁶.

De là ressort une autre utilité propre à l'article 1174 : il permet au créancier de mettre fin à l'incertitude qu'il subit à cause de l'inertie injustifiée de son débiteur. Deux conditions préalables doivent être réunies.

D'une part, il faut que l'une des parties ait la possibilité matérielle de prolonger infiniment la période d'incertitude. Le délai pour l'arrivée de l'événement érigé en condition occupe dès lors une place centrale⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Cass. Com., 23 septembre 1982, *Bull.civ.* 1982, IV, n°284.

⁷⁰⁴ Le cas de figure classique concerne la vente d'immeuble assortie d'une condition suspensive, telle que l'obtention du permis de construire, l'acquisition par le vendeur du bien objet de la vente, ou la vente d'un autre bien appartenant à l'acquéreur.

⁷⁰⁵ C'est ainsi que M. Taisne propose une définition plus nuancée de la condition potestative : « *le même événement, mon mariage par exemple, sera mixte s'il suspend la résolution de mon engagement, car pour l'accomplir, je devrai trouver un conjoint ; il sera en revanche potestatif, s'il suspend la naissance de ma dette, car pour empêcher sa réalisation, il me suffit de refuser tout projet matrimonial. De façon générale, seront donc potestatives d'une part la condition suspensive qui porte sur un événement dont l'accomplissement dépend de ce seul débiteur* ». (Jean-Jacques Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques : Contribution à l'étude de l'obligation juridique*, 1977, pp. 132-133).

⁷⁰⁶ « *S'il n'y a point de temps fixé, la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillante que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas* ». Autrement dit, le contrat sous une condition dont le délai est illimité n'est pas considéré comme un contrat à durée indéterminée. Jurisprudence constante : Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991 : *Bull.civ.* 1991, I, n°180 ; Cass. 3^e civ., 24 juin 1998 : *Bull.civ.* 1998, III, n°139 ; *Defrénois*, 1998, 36895, obs. D. Mazeaud ; *D.* 1999, 403, obs. H. Kenfack. Cass. 3^e civ., 4 mai 2000 : *Bull.civ.* 2000, III, n°99 ; Cass. 3^e civ., 19 décembre 2001 : *Bull.civ.* 2001, III, n°158. Sur cette question, H. Kenfack, « La défaillance de la condition suspensive », *Defrénois*, 1997, p. 833.

⁷⁰⁷ O. Milhac, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, LGDJ 2001, n°151. Ainsi, l'absence de délai est régulièrement soulevée par les juges afin de motiver leurs décisions (Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1967 : *Bull.civ.* 1967, I, n°110 ;

L'absence de délai ne suffit pourtant pas à condamner la condition en question⁷⁰⁸. Encore faut-il que le débiteur utilise cette lacune pour prolonger arbitrairement la période *pendente conditione* sans motif sérieux⁷⁰⁹. En revanche, la nullité n'est pas encourue si le juge constate un effort sérieux de la part du débiteur⁷¹⁰, peu importe si ses efforts aboutissent ou non à l'arrivée de l'événement⁷¹¹.

158. Le contrôle judiciaire d'un éventuel abus La condition mixte n'a *a priori* rien d'exorbitant. Il est parfaitement concevable que l'une des parties se voit reconnaître un certain pouvoir matériel sur le jeu conditionnel. Ce n'est qu'à partir du moment où ce pouvoir est abusivement utilisé que la clause devient critiquable. L'application aveugle de l'article 1174 peut conduire à des solutions injustes⁷¹². Le juge veille à ce que le texte ne soit pas utilisé à des fins déloyales.

En premier lieu, et comme nous l'avons déjà mentionné, la diligence du débiteur chasse le grief de potestativité, car ses comportements dévoilent l'intention sérieuse de s'engager.

Parfois, c'est le débiteur qui invoque l'existence d'une condition potestative, sur laquelle il a lui-même la maîtrise. Dans ce cas, le texte est détourné de sa finalité initiale : au lieu de sanctionner l'arbitraire du débiteur, il devient un argument idéal

Cass. 3^e civ., 13 octobre 1993: *Bull.civ.* 1993, III, n° 121 ; *D.* 1994. *Somm.* 231, *obs.* Paisant ; *JCP G* 1994, II, 22280, *note* Dagorne-Labbé ; *Defrénois* 1994, 793, *obs.* Delebecque). Dans le cas contraire, la sanction est rarement retenue (Cass. 3^e civ., 22 novembre 1995, *Bull.civ.* 1995, III, n°243 ; *D.* 1996, 604, *note* Malaurie ; *Defrénois* 1996, 348, *obs.* D. Mazeaud ; *CCC* 1996, n°19, *note* Leveneur ; *LPA.* 4 septembre 1996, *note* Bléry ; *RTD.civ* 1997, 128, *obs.* Mestre. Aix-en-Provence, 13 décembre 2005, *Juris-Data* : n°299303 ; Orléans, 31 août 1999, *Juris-Data* : n°118942. Ce dernier arrêt est très intéressant. Pour valider la vente subordonnée à la cession par l'acquéreur de son propre immeuble, la Cour a constaté notamment que ladite condition était « insérée dans un délai de six mois »).

⁷⁰⁸ V. Par exemple, Poitiers, 8 janvier 1992, *Juris-Data* : n°050347. « Les parties étant libres d'enfermer ou non dans un temps fixe l'événement dont dépend la réalisation de la condition suspensive, l'absence de délai précis pour la validation de la vente de l'appartement ne peut être invoquée utilement par le vendeur (...) ».

⁷⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 avril 1967, *préc.*, le débiteur ne fait rien de tangible depuis 15 ans. Cass. 3^e civ., 13 octobre 1993, *préc.*, la Cour a soulevé que « le bien, objet de la vente, était encore la propriété d'un tiers non partie à l'acte et dont le consentement, pour le transfert de propriété à la Société Iepso, n'était assorti d'aucun délai, ni d'aucune prévision dans le temps, ni dans les démarches à entreprendre, ce qui avait pour conséquence de placer la vente dans le seul pouvoir de la société qui pouvait, à son seul gré, décider ou non d'acquiescer ». Aix-en-Provence, 13 décembre 2005, *Juris-Data* : n°299303. La convention de licence de marque et de savoir-faire conclue sous condition potestative doit être déclarée nulle conformément à l'article 1174 du Code civil. La convention est en effet subordonnée à la création et à l'immatriculation d'une société entre le licencié et le concédant pour exploiter un magasin, et à l'ouverture de ce magasin. Pour annuler la convention, la Cour a soulevé le fait qu'au moins quatre projets d'implantation du magasin n'ont pas reçu l'agrément du concédant.

⁷¹⁰ Cass. 3^e civ., 22 novembre 1995, *préc.* (Le contrat de vente est subordonné à la vente d'un autre bien appartenant à l'acquéreur, ce dernier avait déjà chargé un mandataire en vue de réaliser cette vente). Cass. 3^e civ., 4 décembre 1985, n°84-14.353. (Vente d'un terrain consentie moyennant l'obligation pour l'acheteur d'édifier une construction et de la livrer au vendeur, sans qu'une date soit fixée pour l'exécution de cette obligation. La Cour de cassation a néanmoins écarté l'article 1174, s'appuyant notamment sur le fait que le débiteur avait constitué une caution pour garantir la bonne fin des travaux.) Toulouse, 4 octobre 2004, *Juris-Data* : n°256694. (L'acheteur justifie avoir donné mandat de vendre son immeuble et les mandataires attestent avoir organisé plusieurs visites sans parvenir à la conclusion du contrat).

⁷¹¹ Grenoble, 21 mai 2007, *Juris-Data* n°338267 ; Montpellier, 24 juin 1986, *Juris-Data* : n°034106.

⁷¹² J. Carbonnier, *Droit civil, Vol. II*, PUF 2004, p. 2161 : « Il est chargé d'interprétations si subtiles que la nullité qui en est la pointe ne frappe pas toujours le juste : tantôt c'est un contractant de mauvaise foi qui s'en sert pour se débarrasser d'un contrat devenu désavantageux ; tantôt, à l'inverse, c'est un engagement tout à fait sérieux qu'il faut sacrifier parce qu'il est embrouillé dans les méandres d'une condition ».

pour celui-ci de se désengager. Pour paralyser une telle tentative frauduleuse, les juges rejettent dans la plupart des cas la demande d'annulation, le débiteur restant tenu de son engagement⁷¹³.

159. Un usage critiquable en présence des termes incertains Il n'en demeure pas moins que l'article 1174 a fait l'objet des applications plus contestables. C'est ainsi que ce texte est souvent appliqués aux contrats assortis des termes incertains⁷¹⁴. Or, dans ces hypothèses, l'événement en question est une modalité d'exécution qui ne rend pas l'obligation de remboursement ou paiement du prix aléatoire, celle-ci existe purement et simplement, indépendamment à la survenance ou non de la prétendue 'condition'⁷¹⁵. L'incertitude ne pèse pas sur l'existence de l'obligation, mais sur le moment de son exécution.

La jurisprudence a éprouvé quelques difficultés en face de ces « *termes potestatifs* »⁷¹⁶, à savoir ceux dont l'échéance peut être poussée infiniment par le débiteur d'une obligation définitive. Comment contraindre le débiteur à exécuter son obligation dont l'exigibilité fait encore défaut ? Les juges ont tenté de le résoudre sur le fondement de condition potestative, mais une autre voie pourrait aussi être envisagée. Cela consiste à étendre la solution retenue par le Code civil dans son article 1900⁷¹⁷. Ne serait-il pas concevable de l'appliquer par analogie chaque fois qu'on est en présence d'une dette dont l'exigibilité dépend de la volonté du débiteur ? Une orientation en ce sens serait à nos yeux souhaitables.

⁷¹³ V. Par exemple, Cass. 3^e civ., 27 novembre 1969 : *Bull.civ.* 1969, III, n°772. Il s'agit en l'espèce d'une vente d'immeuble sous condition suspensive d'une autre vente par l'acquéreur de ses appartements situés à Bordeaux. Ce dernier avait remis un chèque de 20,000 Francs au vendeur à titre d'acompte. N'ayant plus envie de poursuivre l'acquisition, l'acheteur a demandé la nullité de la vente en invoquant la condition potestative de sa part, et la restitution de la somme versée. Cet argument n'avait pas emporté la conviction des juges, pour qui ladite 'condition' constitue « *plutôt un événement à venir mais certain, convenu entre les contractants* ». Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 1994 : *Bull.civ.* 1994, I, n°377 ; Cass. 3^e civ., 1 juin 1994, n°90-22.081. Sur la technique de requalification employée par les juges, v. Stéphane Valory, « Potestativité et requalification du contrat », *Dr. et patr.* Juin 1999, p. 72.

⁷¹⁴ Le contrat de prêt : Cass. 1^{re} civ., 7 janvier 1963 : *Bull.civ.* 1963, I, n°14 ; Nancy, 30 avril 1987, *Juris-Data* : n°050686. La reconnaissance de dette, Bordeaux, 16 janvier 1995, *Juris-Data* : n°040212 ; Caen, 20 mars 2008, *Juris-Data* : n°361358 ; Bourges, 21 octobre 2002, *Juris-Data* : n°192417 ; Paris, 12 décembre 1996, *Juris-Data* : n°024410. Le paiement d'une partie du prix, Montpellier, 10 février 1993, *Juris-Data* : n°034410 ; Caen, 15 novembre 1990, *Juris-Data* : n°048983 ; Cass. 3^e civ., 8 octobre 1980 : *Bull.civ.* 1980, III, n°154 ; Orléans, 5 mai 2003, *Juris-Data* : n°221831 ; Toulouse, 25 janvier 2010, *Juris-Data* : n°006869.

⁷¹⁵ La distinction entre la 'condition' et la modalité d'exécution n'est pas ignorée par la jurisprudence, qui la rappelle à plusieurs reprises : « *La condition affectant l'existence même de l'obligation ne se confond pas avec les clauses définissant les modalités d'exécution de l'engagement contracté* ». V. Paris, 5 octobre 2000, *Juris-Data* : n°125736 ; Versailles, 23 février 2012, *Juris-Data* : n°002729 ; Cass. 1^{re} civ., 26 septembre 2012, n°11-11.508 ; Cass. 3^e civ., 16 janvier 1974 : *Bull.civ.* 1974, III, 22 ; CA Paris, 18 septembre 2014, *N° de RG*: 12/21592.

⁷¹⁶ Sur cette notion inhabituel, v. notamment Célice Bloude-REY, , *Le terme dans les contrats*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2003, n°23 et s.

⁷¹⁷ « *s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances* ».

160. La troisième utilité : le contrôle des droits potestatifs Le droit potestatif a connu un développement considérable depuis quelques décennies. À l'instar de la condition potestative prohibée, s'ajoute celle du droit potestatif, dont la validité ne pose en principe pas de difficulté.

Faute d'un critère fiable dégagé par la doctrine permettant de les distinguer, les tribunaux tentent de contrôler, sous l'étiquette de 'condition potestative'⁷¹⁸, des véritables droits potestatifs⁷¹⁹. La doctrine identifie deux critères de l'arbitraire : l'existence d'un sacrifice⁷²⁰, et la possibilité d'un contrôle extérieur⁷²¹. Certains arrêts semblent se référer aussi à l'idée de réciprocité⁷²².

160. Un contrôle problématique Sur le plan théorique, l'application de l'article 1174 pour contrôler les droits potestatifs brouille la frontière entre l'obligation conditionnelle et le droit subjectif. La différence entre ces deux notions est pourtant

⁷¹⁸ Il est intéressant de constater que cette utilisation détournée du texte s'appuie très souvent sur la théorie classique de la condition potestative, ce qui atténue au moins en apparence la contradiction avec les lettres du Code civil. Selon l'enseignement classique, la validité des conditions potestatives de la part du créancier ne fait aucun doute. Sauf que ces prétendues « conditions » sont en réalité des droits subjectifs. C'est sous prétexte de ce principe que se trouvent validés des droits potestatifs (V. Par exemple, Lyon, 25 septembre 2005, *Juris-Data* n° 040545).

⁷¹⁹ Tantôt, il s'agit des clauses permettant à l'une des parties de modifier unilatéralement un des éléments du contrat au cours de son exécution (Cass. Soc., 26 mai 1993, préc. ; Cass. 1^{er} civ., 22 novembre 2005 : *Bull.civ.* 1989, I, n°355 ; Cass. Com., 18 décembre 1972 : *Bull.civ.* 1972, IV, n°335) ; tantôt c'est le droit pour son titulaire de créer (Cass. 3^e civ., 30 novembre 1988, n°87-14.024 ; Lyon, 25 septembre 2005, *Juris-Data* : n°230968 ; Nîmes, 17 octobre 1991, *Juris-Data* : n°030413) ou éteindre les relations contractuelles (Cass. Com. 20 septembre 2011, n°10-30.567 ; Colmar, 6 juin 2000, *Juris-Data* : n°191453 ; Papeete, 25 septembre 2008, *Juris-Data* : n°374963 ; Toulouse, 8 décembre 1999, *Juris-Data* : n°103137 ; Cass. 1^{er} civ., 16 octobre 2001 : *Bull.civ.* 2001, I, n°257 ; Cass. 1^{er} civ., 21 mars 1984 : *Bull.civ.* 1984, I, n°112 ; Cass.3^e civ., 4 décembre 2002, n°00-21.391 ; Cass. Com., 12 mai 1980 : *Bull.civ.* 1980, IV, n°190 ; Cass. Com., 17 mai 1976 : *Bull.civ.* 1976, IV, 165 ; Cass. Com., 28 juin 1965 : *Bull.civ.* 1965, IV, n°405 ; Cass. Soc., 4 décembre 2002, n°00-45.550 ; Pau, 29 janvier 1998, *Juris-Data* : n°040545 ; Cass. Com., 11 mars 2014, inédit, n° 12-12.074) qui se trouvent contrôlées.

⁷²⁰ Ainsi, les juges vérifient si le titulaire peut « impunément se dégager de ses engagements sans préjudicier à ses propres intérêts » (Besançon, 10 novembre 1993, *Juris-Data* : n°048394). Il n'en est pas ainsi s'il doit verser une contrepartie financière à son cocontractant en utilisant sa faculté. Cass. 3^e civ., 30 novembre 1988, préc. (Le prix est payé après la revente, mais le refus de revente est sanctionné par une indemnité prévue par le contrat ;) Cass. 3^e civ., 22 mars 1994, 92-10.387, (l'existence d'une clause pénale) ; Lyon, 25 septembre 2005, *préc.*, (si l'exploitation cessait cet approvisionnement, il devrait alors restituer le matériel mis à sa disposition, en nature ou par équivalent, et ce au choix du fournisseur), ou cette utilisation est en soi défavorable pour lui (Cass. Com., 17 décembre 1991 : *Bull.civ.* 1991, IV, n°395 ; Cass. Com., 18 décembre 1972 : *Bull.civ.* 1972, IV, n°310).

⁷²¹ La clause serait valable si sa mise en œuvre s'appuie sur les critères objectifs (Cass. Com., 12 mai 1980 : *Bull.civ.* 1980, IV, n°190, exploitation déficitaire ; Cass. Com., 18 décembre 1972, préc. ; Cass. 1^{er} civ., 22 novembre 1989 : *Bull.civ.* 1989, n°355 ; Cass. 3^e civ., 4 décembre 2002, n° 00-21.391, (Le bailleur ne pouvait refuser d'agréer le nouveau locataire que s'il n'était ni honorable, ni solvable) ; Papeete, 25 septembre 2008, *Juris-Data* : n° 374963. (La clause qui prévoit l'exigibilité des sommes restant dues en cas de cessation du contrat de travail n'est pas potestative. La relation de travail ne peut en effet prendre fin que dans un cadre légalement défini.)

⁷²² On cite à ce propos deux arrêts récents. Le premier concerne une clause attributive de juridiction (Cass. 1^{er} Civ., 26 septembre 2012 : *Bull.civ.* 2012, I, n°176 ; *D.* 2012, p.2876, note D. Martel ; *LPA* 14 novembre 2012, n°228, p.7, note J.-G. Mahinga : *JCP E* 2013, 1003, obs. P. Grignon ; *RDC* 2013, p. 565, obs. J. Klein). Cette clause est jugée d'avoir un caractère potestatif en ce qu'elle donne à la banque et à elle seule le droit d'agir devant le domicile de son client ou devant tout autre tribunal. Le deuxième remet en cause une clause de résiliation unilatérale (Cass. Com., 20 septembre 2011, n° 10-30567 : *JCP E* 2012, n° 2, 1027, obs. P. Mousseron ; *RDC* 2012, p.407, obs. T. Genicon) : « Mais attendu qu'après avoir constaté que la clause de résiliation du contrat ne sanctionne pas un comportement fautif du distributeur, l'arrêt relève qu'elle offre à la société Esso, et à elle seule, la possibilité, purement discrétionnaire, de mettre fin au contrat avec un préavis très court ; (...), qu'ayant ainsi fait ressortir que la réalisation de la condition litigieuse tenant à la refonte complète de la station-service, en vue de réorienter ses activités, son mode de gestion ou d'exploitation, dépendait de la seule volonté de la société Esso, et non de circonstances objectives qui seraient susceptibles de contrôle juridictionnel, la cour d'appel en a exactement déduit, sans dénaturation, que cette condition présentait un caractère purement potestatif, (...) ». Certes, l'arrêt mêle le critère antérieur, à savoir la possibilité d'un contrôle objectif, avec celui de l'absence de réciprocité, ce dernier apparaît néanmoins explicitement dans son attendu.

évidente : le droit potestatif suppose l'existence d'une faculté juridique, tandis que la condition-modalité a pour support une obligation contractuelle⁷²³.

Les juges livrent en ce domaine une appréciation *a posteriori* : ils ne se contentent pas du caractère éventuellement potestatif d'une clause, mais s'efforcent de vérifier si l'exercice concret de la faculté est non abusif⁷²⁴. L'intention est bien louable, on évite ce faisant de sanctionner des utilisations loyales des prérogatives conventionnelles. Or un tel raisonnement risquerait de menacer la distinction classique entre la phase de formation du contrat et son exécution⁷²⁵. Pour atténuer cette atteinte, un auteur a essayé de démontrer que ce contrôle postérieur ne fait que dévoiler un vice qui, quant à lui, existe déjà au moment de la conclusion du contrat, de sorte qu'il ne se heurte pas à la distinction traditionnelle⁷²⁶. Cet argument séduisant est pourtant artificiel. Presque tous les droits potestatifs portent en eux le risque d'abus « *en germe* »⁷²⁷, et on ne pourrait pourtant pas raisonner en termes de nullité toutes les mauvaises utilisations de ces prérogatives.

La mise en valeur du contrôle *a posteriori* est en soi une tendance neutre, sinon souhaitable⁷²⁸. Ce qui nous paraît inacceptable, c'est la pratique jurisprudentielle consistant à résoudre une question relevant de l'exécution du contrat en utilisant des instruments conçus pour sa formation.

Outre l'atteinte à la pureté de la théorie juridique, le recours à l'article 1174 n'aboutit pas toujours à une solution équitable. La nullité de l'acte ne protège pas toujours la victime de la clause, cette dernière peut très probablement souhaiter une

⁷²³ Cass. Soc., 26 mai 1993, n°90-41.533. V. aussi Cass. Com. 12 mars 1996, n°94-12.013. : « Mais attendu que la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ; que la Cour d'appel a fait ressortir que la révision de la base de calcul de la rémunération de la salariée, après trois années d'ancienneté, par application d'un coefficient multiplicateur, ne consistait pas pour les parties une obligation mais une simple faculté ; (...) ».

⁷²⁴ Ce mode de raisonnement est souvent relevé par les auteurs contemporains. J. Mestre a très tôt souligné cette tendance jurisprudentielle, en disant qu'une clause serait « déclarée potestative ou non, selon les modalités ultérieures de la réalisation de l'événement ». *RTD civ.* 1985, p. 382. Dans le même sens, L. Aynes, note sous Cass. 3^e civ., 2 mars 2004, *RDC* 2004, p. 921 : « pour savoir si le débiteur avait en son pouvoir l'événement mis en condition, (la jurisprudence) regarde la manière dont il s'est comporté. Et s'il a agi de manière arbitraire, on pourra, (...) juger que la condition était potestative ab initio, et s'orienter vers la nullité, (...) ».

⁷²⁵ V. par exemple, R. Libchaber, note sous Cass. 1^{er} civ., 16 octobre 2001, *Defrénois*, 2002, n°4, p. 251 et s. « Ce jeu de bascule entre formation et exécution du contrat apparaît aujourd'hui dans bien d'autres domaines, ce qui conduit à se demander s'il n'y aurait pas là une tendance lourde du droit des contrats, véritable rééquilibrage par rapport à l'excessive valorisation de la formation du contrat par le Code civil ».

⁷²⁶ V. Olivier Penin, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, 2012, n°642, p. 275 : « En effet, le comportement du débiteur ne modifie pas le contenu contractuel mais dévoile le vice qui existait dès la formation du contrat. D'ailleurs nul ne soutient que la clause est devenue potestative. Nécessairement, elle l'était potentiellement dès la formation du contrat. Le vice existait ab initio. Il a seulement été révélé lors de la mise en œuvre, ce qui exclut toute atteinte à notre distinction ».

⁷²⁷ *Ibid.*, n°642, p. 276.

⁷²⁸ Christophe Jamin, « Pour en finir avec la formation du contrat ! » *Petites affiches*, 06 mai 1998, n°54, p.25 ; Denis Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n°1, p. 295.

sanction moins radicale⁷²⁹. Conscient de cette difficulté, les juges ont tendance à limiter la portée de cet anéantissement à la seule clause jugée abusive, laissant ainsi subsister le contrat⁷³⁰. Une nouvelle entorse à la lettre du texte, car la sanction édictée par le Code est la nullité de l'obligation, et non pas celle de la seule clause.

Enfin, l'intensité d'un tel contrôle varie d'un cas à l'autre, ce qui engendre une grande insécurité juridique⁷³¹.

162. Conclusion sur la condition potestative Notre étude ne dément pas la complexité et la subtilité de la condition potestative. La racine du mal résiderait, nous semble-t-il, dans le ' mariage incompatible ' entre la potestativité et le mécanisme de condition. La notion n'existe pas, car elle est conceptuellement fautive. La « *condition* » n'est qu'un trompe-l'œil, c'est la potestativité qui compte.

Or la façade trompeuse n'est pourtant pas gratuite. C'est un outil extrêmement commode pour le juge de cultiver deux séries de solutions radicalement opposées. Pour conserver son pleine efficacité, les juges vont considérer que la clause en question ne constitue pas une condition⁷³², ou encore qu'elle est de la part du créancier⁷³³. En revanche, s'il s'agit de condamner une prérogative exorbitante, les juges mettront l'accent sur l'aspect potestatif, sans se demander en amont si cette clause est bien une 'condition'⁷³⁴. La contradiction inhérente de la condition potestative dissimule la contradiction des décisions jurisprudentielles.

Mais il y a plus. La fragilité de la construction juridique facilite les critiques, ce qui obscurcit pourtant les usages multiples que remplit la condition potestative. En supprimant la notion, il faudrait pourtant examiner les lacunes juridiques qu'elle essaye de combler. L'inexistence aurait-elle l'honneur d'entrer dans la théorie général des obligations ? Serait-il opportun de conférer à une partie le droit de mettre fin

⁷²⁹ Pour s'en convaincre, il suffit de prendre comme exemple la clause de résiliation unilatérale, fréquemment contrôlée via l'article 1174. L'application de ce texte conduirait à un résultat similaire à ce que souhaitait la partie malhonnête.

⁷³⁰ À titre d'illustration, V. Colmar, 6 juin 2000, *Juris-Data* : n°191453.

⁷³¹ Parfois ce contrôle est extrêmement souple et semble être abandonné purement et simplement : Cass. Soc. 8 juillet 1997, *préc.* La mise en œuvre abusive du droit n'est pas sanctionnée par le juge, au motif que c'est une condition potestative de la part du créancier. Dans d'autres contextes en revanche, ce contrôle s'avère extrêmement exigeant. C'est ainsi qu'à plusieurs reprises, les juges sanctionnent la clause qui soumettent la mise en œuvre du devoir de non-concurrence par le salarié à une demande expresse de l'employeur, au motif que l'incertitude que subie le salarié constitue en lui-même un préjudice réparable (Bordeaux, 26 octobre 2000, *Juris-Data* : n°128036 ; Cass. Soc. 14 février 2007, n°05-43.752 ; Lyon, 25 septembre 2005, *Juris-Data* : n°230968).

⁷³² C'est ainsi que la promesse unilatérale de vente échappe au grief de potestativité. Cass. 3^e civ., 21 novembre 1984 : *Bull.civ.* 1984, III, n°198.

⁷³³ Cass. Soc., 8 juillet 1997, n°95-14.199 ; Lyon, 31 janvier 2008, *Juris-Data* : n°365829 ; Paris, 22 février 2002, *Juris-Data* : n°186463.

⁷³⁴ V. Colmar, 6 juin 2000, *Juris-Data* : n°191453 ; Cass. Soc., 14 février 2007, n°05-43.752, inédit ; Lyon, 25 septembre 2005, *Juris-Data* : n°230968.

unilatéralement au contrat conditionnel lorsqu'aucun délai n'est fixé quant à l'arrivée de l'événement (notamment si l'autre partie peut traîner indéfiniment sa réalisation) ? Comment contrôler des prérogatives conventionnelles, un contrôle *a priori* est-il concevable, et quels sont les critères pour un contrôle *a posteriori* ? L'emploi maladroit de la notion de condition potestative cache les vrais problèmes juridiques qu'elle prétend résoudre. Et c'est dans ce sens que cette jurisprudence présenterait un intérêt inédit : Derrière une fausse notion, ce sont des vrais enjeux juridiques.

2 Utilité du mécanisme d'arrhes dans le contrôle de la potestativité

163. La clause de dédit n'est pas une condition-modalité : argument insuffisant d'écarter le contrôle de la potestativité Il faut d'emblée écarter un argument 'irréfutable' : puisque la clause de dédit n'est pas une condition-modalité, la prohibition des conditions potestatives ne lui sera pas applicable. La première partie de la phrase est sans doute vraie : si la thèse de l'assimilation a défendue à l'époque par certains auteurs⁷³⁵, la doctrine contemporaine refuse de voir dans la clause de dédit une condition-modalité⁷³⁶.

Simplement, la prétendue 'condition purement potestative' n'est pas non plus une condition. Même si on lui refuse la qualification de condition, l'applicabilité de l'article 1174 à l'encontre de la clause de dédit n'est pas écartée pour autant.

En résumé, les arrhes assurent la validité du dédit de deux manières : d'une part, elles garantissent le sérieux de l'engagement (a), d'autre part, elles diminuent le risque de l'arbitraire du titulaire (b).

a) Les arrhes garantissent le sérieux de l'engagement

164. Le dédit avec arrhes Couramment présentées comme constituant le prix de dédit, les arrhes ont pour effet d'intégrer cette faculté dans un contrat. Autrement dit, le contrat constitue le support juridique de cette prérogative. Dans un contrat avec la

⁷³⁵ C'est l'opinion retenue par Ripert et Boulanger : « *La faculté de dédit donne au contrat de vente un caractère conditionnel* ». *T. III*, n°1383. V. Parmi d'autres, Aubry et Rau, par Esmein, *T. V*, n°349, note 37 ; Colin et Capitant, *T. III*, n°47.

⁷³⁶ V. Parmi d'autres, Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3 : Le rapport d'obligation, 7 éd.*, Sirey, n°292 et s. Mathias Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2009, n°38 et s. Philippe MALAURIE, Laurant AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, 5 éd.*, Defrénois, n°1306, p. 694. : « *si un acte est conclu alors qu'un élément essentiel n'existe pas, il n'y a ni contrat ni droit conditionnel* ».

clause de dédit onéreux, il y a bien un accord définitif qui se forme entre les parties. En versant les arrhes, la partie ne 'rachète' pas sa liberté de ne pas contracter, elle 'achète' un droit à la rupture⁷³⁷.

Il est intéressant de revenir ici sur la distinction entre la condition purement potestative nulle et condition simplement potestative valable. Quoiqu'artificielle, cette distinction exprime néanmoins une sorte de vérité. Avec les arrhes, l'anéantissement du lien juridique entre les parties n'est plus le fait d'un simple changement d'état d'esprit, mais il fait subir le titulaire une perte financière, ce qui garantit le sérieux du consentement donné.

165. Le dédit à titre gratuit *A priori*, les arrhes apparaissent comme une simple modalité de dédit dont l'existence n'a pas d'incidence sur la validité de la clause. C'est l'opinion défendue par une partie autorisée de la doctrine⁷³⁸, qui semblerait d'ailleurs être confirmée par quelques décisions jurisprudentielles avec une formule exempte de toute ambiguïté : « Rien n'interdit qu'une partie s'engage envers une autre avec une faculté de dédit gratuit »⁷³⁹. Le principe est tellement évident qu'il est jugé inutile de le rappeler⁷⁴⁰.

Pourtant, deux raisons nous conduisent à s'interroger encore sur la validité du dédit gratuit. D'une part, la légitimité de cette clause ne fait pas d'unanimité en doctrine. Un courant important de la doctrine continue à affirmer le caractère essentiellement onéreux du dédit, qui en constitue la spécificité⁷⁴¹, et qui le sépare des droits de rétractation légaux au profit des consommateurs⁷⁴². Si nous tournons vers la

⁷³⁷ Nous aurons l'occasion de vérifier ce point quand nous traiterons la cause des arrhes, v. *infra.*, n°201.

⁷³⁸ V. notamment L. Boyer, art.préc. n°, p.46 : « légale ou conventionnelle, la faculté de dédit est une prérogative qui se suffit à elle-même et qui, parce qu'exceptionnelle, doit retenir l'attention au premier chef ; c'est seulement en dehors d'elle et comme une des modalités de la clause, qu'est prévue – souvent mais non pas nécessairement – une obligation de dédit à la charge du bénéficiaire ».

⁷³⁹ Cass. Com., 20 octobre 2000 : D. 2001, Somm. 3241, obs. D. Mazeaud ; CCC 2001, n°21, note Leveneur.

⁷⁴⁰ Rapport de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007 ; n°41 : « L'article 1134-1 devrait être supprimé dès lors que la faculté qu'il énonce, c'est-à-dire celle pour les parties de se dédire aux conditions de leur convention, de l'usage ou de la loi, va de soi ». La Réaction de CCIP à L'avant-projet Catala et propositions d'amendements, p.65 : « Comme cela a été précisé précédemment, il importe d'éviter les textes permissifs qui, indirectement, peuvent être lus comme restreignant la liberté contractuelle. La pratique contractuelle des clauses de dédit étant aujourd'hui largement reconnue et entérinée par la jurisprudence, il apparaît inutile – voire inopportun – de consacrer un article du Code civil à ce qui n'est qu'une déclinaison du principe de la liberté contractuelle, rappelé dans les principes directeurs préconisés ci-dessus. Dans ces conditions, la CCIP suggère la suppression de l'article 1134-1 de l'avant-projet Catala ». En ce sens, v. Pour une réforme du droit des contrats, *op.cit.*, p.244 : « La faculté de dédit, quant à elle, a semblé relever davantage de la formation du contrat que de ses effets. En outre, il est apparu inutile de la consacrer dans un texte de la théorie générale, soit qu'elle excède des droits spéciaux, soit qu'elle trouve sa source dans une stipulation contractuelle, auquel cas elle n'est que l'application de la liberté contractuelle ».

⁷⁴¹ Claire Humann, « La spécificité de la clause de dédit », *RDI*, 1997, p. 169 : « En effet, contrairement aux droits de repentir légaux, la gratuité de la clause de dédit est rare, voire inexistante. La réalité économique ne permet pas à celui qui s'engage de le faire gratuitement. Dès lors, il est possible de considérer que le mécanisme de la clause de dédit repose sur son caractère onéreux et que, sans sacrifice pécuniaire, la libération ne peut être obtenue ».

⁷⁴² Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 15 éd., Sirey, 2012, n°187, p. 170 ; Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 Contrat et engagement unilatéral*, 3 éd. Puf, 2012, pp. 283-

jurisprudence, nous constatons que les arrêts admettant la validité du dédit gratuit sont extrêmement rares⁷⁴³, et leur portée limitée⁷⁴⁴. Dès lors, la légitimité pour la doctrine de bâtir le droit positif à partir de ces décisions ne va pas de soi⁷⁴⁵. L'observation de Philippe Jestaz nous semble pertinente : « *En effet, la constance d'une jurisprudence ne dépend pas seulement de critères objectifs comme la formation qui a statué, le dispositif de l'arrêt (rejet ou cassation), le tranchant de la formule ou le nombre des décisions rendues. Elle dépend aussi d'une appréciation subjective, d'un jugement de valeur porté par l'ensemble des juriste. (...) En secteur calme, un arrêt banal suffit à faire jurisprudence immédiate lorsqu'il comble un vide et le comble dans le sens généralement attendu, voire souhaité* »⁷⁴⁶. La faculté de dédit fait partie de ces domaines calmes qui ne suscitent pas grand intérêt doctrinal, et il ne faut pas s'étonner au fait qu'un simple arrêt, fût ce inédit, suffit à faire jurisprudence. Pour finir, si le juge ne condamne pas le dédit gratuit en tant que tel, il le sanctionne parfois par le biais détourné de l'article 1174⁷⁴⁷.

Pour justifier la pleine efficacité du dédit gratuit, on s'appuie généralement sur le sacré principe de la liberté contractuelle : rien n'interdit que les parties ne prévoient aucune contrepartie pour la faculté. Mais c'est oublier que l'article 1174 est avant tout une limite posée à cette liberté.

284 ; Philippe Malinvaud, Dominique Fenouillet, *Droit des obligations*, 12 éd., LexisNexis, 2012, n°135, p. 106. Les auteurs qui sont plus souples sur cette exigence admet néanmoins que le dédit onéreux constitue le modèle le plus courant. V. Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 5 éd., Defrénois, 2011, n°886, p. 464 ; Alain BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12 éd., Montchrestien, 2010, n°69, p. 55.

⁷⁴³ Outre l'arrêt de la Chambre commerciale, on peut encore citer deux arrêts de la Cour d'appel : Montpellier, 8 avril 2008, 06/ 08333 ; Bordeaux, 14 janvier 2009, 08/04194. dans la première décision, la Cour d'appel de Montpellier a repris mot à mot l'attendu de principe érigé par l'arrêt de 2000.

⁷⁴⁴ Le seul arrêt de la Cour de cassation en ce domaine n'est qu'un arrêt inédit.

⁷⁴⁵ Sur ce point, la critique de N. Molfessis est très parlante : « *Nombre d'arrêts qui n'auraient dû rester connus que des seules parties concernées sont devenus des ' bouts ' de droit positif, mis en exergue pour être encensés voire devenir premiers d'une série espérée. La déformation doit parfois à celui qui écrit la partition et donc au juge; mais elle n'existe réellement que parce qu'il est des interprètes pour la faire entendre et lui donner un public. En prise avec une jurisprudence elle-même confuse, la doctrine se perd en conjectures et en gloses; elle s'ingénie à instrumentaliser des décisions qui ne méritaient rien d'autre que d'indifférence et perd son crédit dans le grossièrement qu'elle leur imprime* ».

⁷⁴⁶ Philippe Jestaz, « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », in *Autour du droit civil : Ecrit dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2005, p.115 et p.119.

⁷⁴⁷ Pour illustrer ce propos, revenons sur un arrêt déjà cité (Cass. Com., 23 septembre 1982 : *Bull.civ.* 1982, IV, n°284.) En l'espèce, une promesse de vente portant sur un fonds de commerce contenait une clause selon laquelle le paiement du prix par l'acheteur bénéficiaire de la promesse était « *subordonné à la réitération par celle-ci de son intention d'acquérir le fonds de commerce à l'expiration du contrat de gérance libre et au plus tard le 31 décembre 1978* ». La Chambre commerciale a rejeté le pourvoi formé par l'acheteur qui prétendait la réalisation de cette promesse de vente, au motif que ladite ' promesse ' était soumise à une condition purement potestative au profit du demandeur. Le cocontractant se trouve ainsi libéré de son obligation d'acquérir le fonds. Un autre arrêt plus récent va dans le même sens (Bordeaux , 31 mai 2013, *Juris-Data* : n°012994). En l'espèce, la SARL AGRI CONSULT a formé une offre détaillée de vente et de contrat d'entreprise à destination de la SA DELMOND, laquelle l'avait acceptée sans aucune réserve, et a même versé une acompte de 180 000 euros. Mais dans la condition générale de vente figurait un article 11-1°, aux termes duquel « *la vente n'est définitivement conclue qu'après acceptation de la commande par la direction d' AGRI CONSULT* ». Cette clause a constitué aux yeux de la Cour d'appel une condition purement potestative, entraînant la nullité de la vente en question, et elle a pu par la suite condamner AGRI CONSULT à payer une indemnité envers son contractant. Dans toutes ces affaires, si l'expression n'apparaît pas, l'esprit demeure le même. Les clauses qui se trouvent sanctionnées, qui subordonne la perfection du contrat à une réitération de l'intention d'une partie, ne constitueraient-elles pas une clause de dédit ? Quelle est la différence concrète entre « je m'engage si je veux » et « je m'engage sauf si je ne veux plus » ?

Demander la validité de la clause de dédit gratuit, c'est aussi et avant tout demander la nature de l'engagement pris par le cocontractant du titulaire de repentir : son engagement présente-t-il un caractère définitif, et dans l'affirmative, quel en est le fondement ?

On nous répond intuitivement que le fondement se trouve dans le contrat qui est déjà formé. Soit. Encore faut-il préciser de quel contrat on parle. S'agit-il du contrat définitif ? Si c'est le cas, aucune différence fondamentale ne sépare le dédit gratuit et le dédit payant, les deux constituant des simples modalités d'une même faculté. Mais cette opinion est moins solide qu'elle nous laisse croire. Pour qu'il y ait un quelconque dédit, celui-ci doit se traduire juridiquement. Autrement dit, il faut que le passage entre le 'dit' et le 'dédit' se concrétise, se matérialise, et s'extériorise. C'est le cas où le dédit est assorti d'une contrepartie financière, **la perte des arrhes étant le signe extérieur de ce passage**. Il en va de même si la réalisation du 'dédit' est subordonnée à des conditions prédéfinies dans le contrat (mais il s'agit dans ce cas de la condition résolutoire) ou à une obligation de motivation. *Quid* si le dédit est gratuit ? Il est admis que l'exercice de dédit n'est pas soumis à une obligation de motivation. Dès lors, comment peut-on observer le passage entre le dit et le dédit sur le plan juridique, autre qu'un simple changement d'état d'esprit qui nous échappe totalement ? Comment prétendre sans artifice qu'il y avait un moment donné un contrat formé, qui est tombé après coup suite à l'exercice du dédit par l'une des parties ? Ne serait-il pas plus judicieux de constater que dans ce cas-là il n'y a jamais eu un contrat formé entre les parties, et que le bénéficiaire du dédit n'a simplement pas encore dit ?

Selon nous, si le dédit avec les arrhes peut parfaitement être analysé comme un droit potestatif offert par le contrat, le « dédit » gratuit en droit commun⁷⁴⁸ s'apparenterait davantage à une liberté : elle ne trouve pas sa force dans le contrat définitif (qui par hypothèse fait défaut faute de rencontre des consentements), mais elle en conditionne l'existence⁷⁴⁹.

En conclusion, la validité du dédit gratuit pose de vraies difficultés qui sont longtemps obscurcies par le dogme de l'autonomie de la volonté. Mais cette volonté, quelle que soit sa puissance, trouve une limite dans sa propre cohérence : on ne peut

⁷⁴⁸ La nature du droit de rétractation légale peut être un peu différente.

⁷⁴⁹ Mme. Marie-Anne Frison-Roche, *art.préc.*, p.29 : « l'unilatéralité préservant dans le contrat est subordonnée à la condition qu'elle soit bilatéralisée. Mais ce qui n'est pas supportable, c'est l'unilatéralité qui persiste dans le contrat formé sans prendre la forme commutative, sans être bilatéralisé, sans qu'aucune contrepartie ne lui corresponde. Une unilatéralité pure, donc un consentement conservé en nature, serait inacceptable ».

pas vouloir à la fois une chose et son contraire. C'est probablement le noyau dur de l'article 1174 du Code civil⁷⁵⁰. La gratuité de la clause, contrairement à ce que nous dit la doctrine majoritaire, ne serait pas une simple modalité d'une faculté auto-suffisante, mais elle toucherait en profondeur la nature même de ce mécanisme. Là apparaît l'utilité de la convention d'arrhes : Onérosité de la clause garantit la validité de la faculté ainsi constituée, en ce qu'elle témoigne de la volonté sérieuse du titulaire à s'engager.

b) Les arrhes diminuent le risque de l'arbitraire

166. L'existence des arrhes chasse la grief de la potestativité Si le contrôle des droits potestatifs sur le fondement de l'article 1174 est critiquable, les critères dégagés par la jurisprudence, à savoir la contrepartie financière, le contrôle objectif et la réciprocité, demeurent par contre très pertinents.

Le contrôle extérieur et objectif s'accorde mal avec la clause de dédit, dont l'exercice n'est pas subordonné à l'obligation de motivation⁷⁵¹. En revanche, les arrhes ont pour effet d'écartier les deux autres griefs de la potestativité : absence de sacrifice et absence de bilatéralité, de sorte que leur existence est fréquemment avancée pour justifier la validité du dédit⁷⁵².

⁷⁵⁰ Dimitri Houtecieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Tome I, Presse Universitaires D'Aix-Marseille, 2001, n°183 et s.

⁷⁵¹ La réalité des choses est plus complexe. Certaines décisions jurisprudentielles peuvent être interprétées en ce sens qu'elles créent une obligation de motivation pour celui qui use le droit de rupture. v. Cass. 1^{re} Civ., 16 octobre 2001 : Bull.civ. 2001, I, n°257 ; D. 2002. Somm. 2839, obs. D. Mazeaud ; JCP 2002. I. 134, n° 4 s., obs. Rochfeld ; *Deffrénois* 2002. 251, obs. Libchaber ; *Dr. et patr.*, févr. 2002, p. 109, obs. Chauvel ; *RTD civ.* 2002. 97, obs. Mestre et Fages. Dans cette affaire, une convention clinique-médecin avait été conclue, dans laquelle figurait une clause rédigée dans des termes suivants : « Si la Clinique des Chênes cessait d'exercer en tant qu'établissement au service des malades et d'hospitalisation, le contrat prendrait fin sans que le cocontractant puisse exiger d'indemnité ». Eprouvant des difficultés financières insurmontables, la Clinique a usé la faculté de résiliation unilatérale que lui confère la clause litigieuse. Pour donner raison à cette résiliation, la première Chambre civile a approuvé la position de la Cour d'appel, qui « ayant relevé l'ambiguïté de la clause litigieuse, a souverainement constaté qu'elle n'était pas purement potestative et que, partant, sa nullité n'était pas démontrée ». Le raisonnement de la Haute juridiction est la suivante : s'il est vrai que la clause litigieuse confère à la clinique un pouvoir discrétionnaire de mettre fin unilatérale du contrat, il se peut néanmoins que celle-ci l'utilise non pas pour un motif purement personnel, mais pour une justification objective et raisonnable. C'est précisément la situation en l'espèce : la difficulté économique constitue aux yeux des juges un motif légitime. Cependant, on pourrait se demander si la Cour n'a pas vidé le contrôle *a priori* de toute sa substance. Comment concevoir un événement dont la réalisation ne peut qu'être l'oeuvre de la volonté arbitraire d'une des parties? Même pour des conditions *si voluero*, le débiteur peut toujours, au stade de sa réalisation, légitimement justifier sa décision pour qu'elle échappe à la sanction de l'article 1174. En ce sens, CA Nouméa, 31 octobre 2013, N° de RG: 12/001741 : « (...) qu'elle n'est pas davantage une clause potestative, sa non réalisation pouvant certes dépendre de la volonté de l'acquéreur mais aussi de son impossibilité de faire face au paiement; (...) ».

⁷⁵² Marie-Anne FRISON-ROCHE, *art.préc.*, n°23, p. 28 : « La validité de la clause de dédit tient au fait que celle-ci n'est pas unilatérale que dans son exercice et non dans son économie. En effet, la clause de dédit a un prix : il doit être versé au cocontractant de celui qui se désengage. La mise en œuvre de la clause de dédit signifie la caducité du contrat mais aussi, en quelque sorte, son exécution. Cette rétribution est essentielle à tel point qu'on désigne souvent cette somme d'argent elle-même comme le dédit, car il ne peut y avoir faculté de dédit sans prix de l'usage d'une volonté qui récupère son consentement, lequel est en principe captif du contrat. Ainsi, le dédit, comme somme d'argent, c'est la rançon pour qu'on rende à la volonté son consentement, que le contrat le libère et le lui restitue. Mais, là où la loi ne gratifie pas le contractant d'un droit de repentir, celui-ci doit se l'offrir sur ses deniers s'il n'a que la puissance contractuelle pour le faire. Ainsi, la volonté ne retrouve son empire sur le consentement qu'en contrepartie d'une aliénation monétaire, c'est-à-dire qu'elle ne

En résumé, les arrhes jouent un rôle important dans la validation du dédit en droit commun. On retrouve cette même fonction en droit consommériste.

B En droit de la consommation : prohibition des clauses abusives

167. Clause abusive et la clause de dédit La clause de dédit, contrairement à la rétractation légale qui se présente comme une pure faveur offerte à son titulaire, est potentiellement dangereuse pour les consommateurs. Deux risques y sont inhérents. D'une part, le professionnel titulaire d'une telle faculté peut revenir sur son consentement donné. D'autre part, elle engendre une charge excessive pour le consommateur lorsque le prix du dédit est élevé. Le Code de la consommation dispose à cet égard d'un outil efficace pour lutter contre ces clauses exorbitantes : il s'agit de la clause abusive. La difficulté vient de ce que le critère d'abus au sens de l'article L132-1 n'est pas facile à dégager⁷⁵³. Le « *déséquilibre significatif* » est susceptible de différentes interprétations⁷⁵⁴.

168. Le critère de la réciprocité Les deux premières clauses figurant dans la liste « *grise* » entretient un lien étroit avec la clause de dédit : la première vise le danger de la faculté en tant que tel⁷⁵⁵, tandis que la deuxième traite le risque lié à la

s'exprime pas d'une façon pure ». Pour Mme. ROCHEFELD, la faculté de dédit « *n'est prévue que contre paiement d'une contrepartie* » (Judith ROCHEFELD, Les droits potestatifs accordés par le contrat, in *Mélanges Ghestin*, LGDJ 2001, n°20, p. 768.); Claire HUMANN, La spécificité de clause de dédit, *RDI*, 1997, p. 169 : « *En effet, contrairement aux droits de repentir légaux, la gratuité de la clause de dédit est rare, voire inexistante. La réalité économique ne permet pas à celui qui s'engage de le faire gratuitement. Dès lors, il est possible de considérer que le mécanisme de la clause de dédit repose sur son caractère onéreux et que, sans sacrifice pécuniaire, la libération ne peut être obtenue. Ainsi, comme l'enseigne la pratique des compromis préparatoires aux contrats définitifs, la règle est qu'il ne saurait y avoir de clause de dédit sans dédit* ». Solange MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997, p. 122 : « *Lorsque les parties veulent que le contrat soit parfait nonobstant la clause de dédit, celle-ci ne peut s'analyser qu'en une condition résolutoire. Or, dans cette éventualité, elle sera apparemment nulle si elle est gratuite. Il s'agira d'une condition purement potestative. Elle sera, en revanche, valable si elle s'accompagne d'une contrepartie. En effet, elle ne sera plus arbitraire puisque le dédit correspond exactement au prix du droit de rétractation* ».

⁷⁵³ N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC* 2008, n° 6, *Étude* 7 ; D. Fenouillet, « La liste des clauses « noires » et « grises » enfin décrétée, mais pour combien de temps ? *RDC* 2009, p. 1422.

⁷⁵⁴ V. Notamment, Laurence Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, n°324 et s. L'auteur a dégagé quatre critères distincts de l'équilibre contractuel, à savoir la réciprocité, la commutativité, l'équivalence et la proportionnalité.

⁷⁵⁵ 1° « *Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation de sa seule volonté* ».

contrepartie du dédit⁷⁵⁶. Dans ces deux cas, c'est l'absence de réciprocité qui se trouve sanctionnées.

169. La première clause : un droit unilatéral de dédit au profit du professionnel D'après l'article R.132-2 1° du Code de la consommation, est présumé abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de « (*prévoit*) un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation de sa seule volonté ». Son insertion dans la liste « grise » est critiquée par la majorité de la doctrine, qui y voit une incohérence par rapport au droit commun des obligations. Il est évident que ce texte vise en réalité la condition « purement » potestative telle que définit le Code civil. Or, une telle condition n'aurait-elle pas pour effet de rendre nulle l'obligation dans son entier ? Cet écart entre le droit commun et le droit spécial de la consommation peut paraître surprenant⁷⁵⁷ : ce faisant, le consommateur ne serait-il pas moins bien traité que celui soumis au droit commun des obligations⁷⁵⁸ ? Il serait donc préférable de faire figurer une telle clause dans la liste « noire ».

Une telle observation ne s'impose pourtant pas dans la mesure où l'étendue de la nullité dans les deux cas n'est pas la même. La sanction d'une clause abusive est sa radiation pure et simple, tandis qu'en droit commun, c'est l'obligation, et le plus souvent le contrat dans sa totalité, qui est anéantie. La nullité partielle de la clause contraint le professionnel à maintenir son engagement envers son cocontractant consommateur, résultat que ce dernier n'aurait pas pu obtenir sur le fondement du droit commun. Loin d'être une solution préjudiciable pour le profane, la solution ainsi instaurée par le Code de la consommation lui offre un avantage indéniable.

170. Un droit unilatéral pour le professionnel de conserver la somme en cas de dédit Selon R.132-1 2° du Code de la consommation, est encore présumée comme abusive la clause qui « (*autorise*) le professionnel à conserver des sommes

⁷⁵⁶ 2° « Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L.114-1, si c'est le professionnel qui renonce ».

⁷⁵⁷ O. Deshayes, Les réformes récentes et attendues en 2009, *RDC* 2009, p.1602 ; Natacha Sauphanor-Brouillaud, *op.cit.*, n°685, p.614-615 ; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *op.cit.*, n°326, pp.369-370.

⁷⁵⁸ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *op.cit.*, n°326, p.370 : « Est-ce à dire que, au nom de la spécificité du droit de la consommation, le professionnel pourra démontrer qu'une telle clause n'est pas abusive dans le cas considéré et ainsi passer outre aux interdits du Code civil ? Au cas, fort improbable, où une telle analyse serait retenue, le droit de la consommation se retournerait, une fois de plus (...), contre ceux qu'il est censé protéger ».

versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L.114-1, si c'est le professionnel qui renonce ». La question peut se poser pour savoir si la clause de dédit à titre onéreux qui bénéficie au seul consommateur peut être présumée abusive. Tout dépend du sens de la renonciation visée par ce texte : selon une conception stricte, la renonciation s'entend comme celle fondée sur une faculté de dédit, mais elle peut aussi être le fait d'un simple refus d'exécution injustifié dans un sens large. Si on adopte la première conception, seule est présumée abusive une clause de dédit unilatérale qui confère au professionnel une faculté dont l'exercice est moins coûteux⁷⁵⁹. Si au contraire, on fait prévaloir la conception large, le dédit onéreux au profit du consommateur est également visé par le texte. Par un esprit de réalisme, la jurisprudence a retenu une conception large de la renonciation, et a réputé non écrit un dédit onéreux au seul profit du consommateur⁷⁶⁰. Dans un pareil cas, le professionnel obtient automatiquement la satisfaction par le jeu de la compensation des dettes connexes si le consommateur se dédit, tandis que ce dernier sera obligé d'aller en justice pour faire condamner le professionnel qui met fin au contrat de manière injustifiée. Le message est très clair : la réciprocité des droits et des obligations ne s'apprécie pas seulement sur le plan substantiel, elle doit aussi se traduire sur le plan procédural.

⁷⁵⁹ Le contentieux en matière de contrat d'enseignement est à ce titre très parlant. Ces contrats contiennent souvent des clauses qui condamnent l'élève à payer une somme importante s'il décide de ne pas donner suite au contrat, même en cas de motifs légitimes ou en cas de force majeure, tandis que l'établissement d'enseignement bénéficie un droit de résiliation beaucoup plus avantageux. V. Par exemple, Civ. 1^{re}, 2 avr. 2009: *RJDA* 2010, n° 85; *RDC* 2009. 1426, *note* Fenouillet ; 12 mai 2011: *CCC* 2011, n° 223, *obs.* Raymond; *RJDA* 2012, n° 214 ; Montpellier, 12 janvier 2010, n°09/03189 ; Paris, 27 juin 2013, *Juris-Data*: n°014560 ; Paris, 23 mai 2013, *Juris-Data* : 011491 ; Paris, 20 septembre 2012, *Juris-Data*: n°022625.

⁷⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, n° 04.15-890 ; n° 04.17-578 « *En se déterminant ainsi, alors que la clause litigieuse, ayant pour objet ou pour effet de permettre au professionnel de retenir de plein droit des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à exécuter le contrat, sans prévoir le même droit, pour ce consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui y renonce, contraignant le consommateur à rechercher une réparation judiciaire et créant ainsi un déséquilibre entre les droits et obligations des parties au détriment de celui-ci, comme l'a énoncé la commission des clauses abusives dans ses recommandations n° 91-02 et n° 04-02, en ce qu'elle sanctionne plus lourdement l'inexécution du consommateur que celle du professionnel, devait être regardée comme abusive, la Cour d'appel a violé l'article L 132-1 du Code de la consommation et le point d) de l'annexe audit code* ». En ce sens, CA Orléans, 15 mai 2014, *Juris-Data* : n°020707.

Section II L'importance du mécanisme des arrhes en présence des différentes fonctions juridiques

171. En droit chinois, le mécanisme passe avant la fonction juridique : la même technique assume les différentes fonctions, et le mécanisme a le monopole pour la fonction comminatoire (§1). Les choses sont totalement différentes en droit français, où la fonction juridique passe avant la technique employée : la convention d'arrhes n'est qu'une variante concevable pour la faculté de dédit (§2).

§1 Le mécanisme des arrhes, monopole pour la fonction comminatoire

172. En droit chinois, le mécanisme est un élément central pour la qualification d'arrhes, peu importe que les parties aient (A) ou n'aient pas (B) employé ce terme.

A Les cas où les parties ont employé le terme ' arrhes '

173. **Le mot 'arrhes' pose une présomption simple en faveur de cette qualification** L'emploi du terme 'arrhes' constitue un fort indice en faveur de cette qualification⁷⁶¹. La jurisprudence admet d'ailleurs que cette désignation peut résulter

⁷⁶¹Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 13 novembre 2011, référence : CLI.C.1763521 ; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 19 août 2013, référence : CLI.C.1956787 ; Deuxième Tribunal de Shanghai, 16 juillet 2013, référence : CLI.C.1973822 ; Tribunal intermédiaire de Luohe, Henan, 17 mai 2013, référence : CLI.C.1962864 ; Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 19 avril 2013, référence : CLI.C.1986607 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 20 avril 2012, référence : CLI.C.990779 ; Tribunal intermédiaire de Zhoushan, Zhejiang, 12 février 2012, référence : CLI.C.350289 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 13 décembre 2010, référence : CLI.C.1359599 ; Tribunal de base de Gongyi, 6 avril 2010, référence : CLI.C.753180 ; Tribunal intermédiaire de Baise, Guangxi, 6 mai 2013, référence : CLI.C.1855289 ; Tribunal intermédiaire de Shenzhen, 17 janvier 2014, référence : CLI.C.2548860;

d'un autre document que le contrat principal⁷⁶². Il est difficile de renverser la présomption⁷⁶³, notamment dans les contrats entre professionnels⁷⁶⁴.

Or, si la description des « *arrhes* » correspond à celle de l'acompte⁷⁶⁵, la qualification donnée par les parties sera le plus souvent écartée par le juge⁷⁶⁶. La solution n'est pourtant pas systématique. Parfois, les tribunaux vont retenir la qualification d'arrhes tout en effaçant les prévisions incompatibles⁷⁶⁷. Ceci constitue une autre illustration du pragmatisme des *juges chinois* : tout dépend de savoir si l'on veut faire jouer le jeu des arrhes⁷⁶⁸.

B Les cas où les parties n'ont pas employé le terme 'arrhes'

174. La qualification d'arrhes s'impose si la fonction de la somme correspond au mécanisme des arrhes Il arrive fréquemment que les parties emploient un autre terme pour désigner la somme d'argent versée d'avance. Ces diverses appellations sont issues du langage courant, dépourvues de sens juridique précis. Conscient de cette situation, la *CPS* a posé une règle de principe⁷⁶⁹ qui écarte *a priori* le jeu des

⁷⁶² C'est notamment le cas pour la facture attestant la remise effective de la somme d'argent. V. Tribunal de base de Jinshui, Henan, 16 octobre 2012, référence : CLI.C.1145290, Tribunal de base de Qingpu, 25 novembre 2010, référence : CLI.C.602633.

⁷⁶³ Une illustration exceptionnelle : Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 janvier 2012, référence : CLI.C.997041. Le tribunal a considéré que les parties n'étaient pas d'accord sur le sens exacte du mot « arrhes » inséré dans leur contrat.

⁷⁶⁴ Tribunal intermédiaire de Baise, Guangxi, 6 mai 2013, référence : CLI.C.1975790.

⁷⁶⁵ Les parties ne sont pas tenues de préciser dans leur contrat le régime juridique applicable pour la somme d'argent. Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 27 avril 2010, référence : CLI.C.303594. *Contra*. Deuxième Tribunal intermédiaire de Pékin, 11 février 2010, référence : CLI.C.214057. La qualification d'arrhes a été écartée au motif que les parties n'avaient pas précisé dans leur contrat le régime juridique de celles-ci.

⁷⁶⁶ Ainsi, le fait d'insérer mention « *arrhes* » dans une rubrique intitulée « Le mode de paiement et son échéance » a conduit le juge à favoriser la qualification d'acompte. Tribunal de base de Xiang'an, Fujian, 12 avril 2013, référence : CLI.C.1756825. V. dans le même sens, Tribunal de base de Yiwu, 16 avril 2010, référence : CLI.C.348644. Tout en utilisant le mot « arrhes », le contrat précise que l'inexécution du contrat par le vendeur ne donnera lieu qu'à une restitution. Tribunal intermédiaire de Yichang, Hubei, 21 août 2012, référence : CLI.C.1338439 ; Tribunal intermédiaire de Wenzhou, Zhejiang, 23 septembre 2009, référence : CLI.C.282906. ; Tribunal intermédiaire de Qingdao, Shandong, 28 avril 2014, référence : CLI.C.2694379.

⁷⁶⁷ Deuxième Tribunal intermédiaire de Pékin, 20 septembre 2010, référence : CLI.C.413027. La précision selon laquelle les arrhes versées ne donnent lieu en aucun cas à une restitution était jugée non-écrite, sans que la convention d'arrhes soit mise en cause.

⁷⁶⁸ Pour une belle illustration, on prend les « arrhes » unilatérales, qui ne jouent qu'à l'encontre d'une des parties. Lorsque la mise en œuvre du jeu est jugé infondée, le juge disqualifie la clause : Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 4 juillet 2012, référence : CLI.C.1185236 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 21 mars 2012, référence : CLI.C.842708 ; Premier Tribunal de Shanghai, 8 juin 2012, référence : CLI.C.986108 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 16 avril 2014, référence : CLI.C.2643768. Lorsque le juge veut appliquer le jeu des arrhes, il va bilatéraliser cette clause : Tribunal intermédiaire de Jiaozuo, Henan, 23 juillet 2013, référence : CLI.C.1985141. Tribunal de base de Xinpu, Jiangsu, 17 janvier 2013, référence : CLI.C.2037095.

⁷⁶⁹ L'article 118 de l'interprétation judiciaire sur la LCS.

arrhes en présence de ces vocabulaires. La jurisprudence est constante en la matière⁷⁷⁰. En l'absence d'une référence explicite au mot « *arrhes* », les parties doivent prouver qu'une telle qualification correspond bien à leur commune intention. À défaut de quoi, c'est celle de l'acompte qui sera retenue⁷⁷¹. Cette même règle est d'ailleurs étendue dans des contrats internationaux dont la rédaction se fait en anglais⁷⁷².

Le mécanisme constitue ainsi le critère déterminant pour la qualification des arrhes en droit chinois.

§2 Le mécanisme des arrhes, simple modalité pour la fonction libératoire

175. En droit français, l'article 1590 revêt un caractère supplétif⁷⁷³. Les arrhes-débit ne sont qu'une des variétés concevables pour assurer la faculté de repentir. La fonction juridique passe avant le mécanisme employé, et la volonté des parties joue

⁷⁷⁰ Tribunal de base de Yuhuan, Zhejiang, 16 avril 2008, référence : CLI.C.1674456 ; Tribunal de base de Yangzhong, Jiangsu, 8 novembre 2011, référence : CLI.C.81515 ; CPS, référence : CLI.C.330364 ; Tribunal de base de Gulou, Jiangsu, 18 septembre 2013, référence : CLI.C.1795904 ; Tribunal de base de Muyang, Jiangsu, 18 juillet 2013, référence : CLI.C.2029857 ; Tribunal de base de Sucheng, Jiangsu, 9 juillet 2013, référence : CLI.C.2030677 ; Tribunal de base de Huangpu, Shanghai, 7 juin 2013, référence : CLI.C.1995529 ; Tribunal de base de Erqi, Henan, 28 mai 2013, référence : CLI.C.1946738 ; Tribunal de base de Jiandu, Zhejiang, 12 mars 2013, référence : CLI.C.1451174 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 10 décembre 2012, référence : CLI.C.1169855 ; Tribunal de base de Qingxiu, Guangxi, 5 février 2012, référence : CLI.C.1856407 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 26 novembre 2012, référence : CLI.C.1857331 ; Tribunal supérieur de Ah'hui, 23 octobre 2012, référence : CLI.C.1499621 ; Tribunal de base de Guancheng, Henan, 16 octobre 2012, référence : CLI.C.1145810 ; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 10 septembre 2012, référence : CLI.C.1171750 ; Tribunal de base de Suiyang, Henan, 10 septembre 2012, référence : CLI.C.1137676 ; Tribunal de base de Yuecheng, Zhejiang, 21 août 2012, référence : CLI.C.1814388 ; Tribunal de base de Jingshi, Hunan, 6 juillet 2012, référence : CLI.C.1237560 ; Tribunal de base de Napo, Guangxi, 31 mars 2012, référence : CLI.C.1193085 ; Premier Tribunal intermédiaire de Pékin, 5 janvier 2011, référence : CLI.C.1334578 ; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 10 décembre 2010, référence : CLI.C.614153 ; Deuxième Tribunal de Shanghai, 16 août 2010, référence : CLI.C.327774 ; Tribunal de base de Beilun, Zhejiang, 7 février 2012, référence : CLI.C.1837626.

⁷⁷¹ Tribunal de base de Quangang, Fujian, 30 septembre 2013, référence : CLI.C.2126579 ; Tribunal intermédiaire de Xinyang, Henan, 6 septembre 2013, référence : CLI.C.1942253 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 18 septembre 2012, référence : CLI.C.1376628 ; Tribunal de base de Wuxuan, Guangxi, 16 août 2012, référence : CLI.C.1196216 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 6 juillet 2012, référence : CLI.C.978296 ; Tribunal de base de Zhongyuan, Henan, 19 avril 2012, référence : CLI.C.1012785 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 30 mars 2012, référence : CLI.C.991102 ; Premier Tribunal intermédiaire de Pékin, 27 juin 2013, référence : CLI.C.1758371 ; Tribunal intermédiaire de Nujiang, Yunnan, 22 octobre 2014, référence : CLI.C.3454574 ; Tribunal intermédiaire de Jinhua, Zhejiang, 28 février 2014, référence : CLI.C.2618194 ; Tribunal intermédiaire de Tieling, Liaoning, 14 janvier 2014, référence : CLI.C.2603100 ; Cinquième tribunal intermédiaire de Chongqing, 14 mars 2013, référence : CLI.C.1447753 ; Tribunal intermédiaire de Jiyuan, Henan, 12 décembre 2012, référence : CLI.C.1459777 ; Tribunal intermédiaire de Fuzhou, Fujian, 30 novembre 2013, référence : CLI.C.2232213 ; Tribunal intermédiaire de Chuzhou, Anhui, 6 août 2014, référence : CLI.C.3263201 ; Tribunal intermédiaire de Chongzuo, Guangxi, 29 avril 2014, référence : CLI.C.2793034.

⁷⁷² Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 25 décembre 2012, référence : CLI.C.2002672.

⁷⁷³ Cass. 1^{er} civ., 16 juillet 1956 : *Bull.civ.*1956, I, n°254 ; Cass. Soc., 20 octobre 1960 : *Bull.civ.*1960, V, n°901 ; Cass. 1^{er} civ., 8 juin 1966 : *Bull.civ.*1966, I, n°353 ; Grenoble, 25 juin 1996, préc. ; Cass. 3^e civ., 12 décembre 1968, *préc.* Orléans, 26 octobre 1967 : D. 1968. 210.

un rôle primordial dans la qualification d'arrhes⁷⁷⁴ (A). Il faut néanmoins se demander si en cas de doute, une présomption en faveur de dédit peut être admise (B).

A Le rôle primordial de la volonté des parties

176. La primauté de la volonté pour la qualification La primauté de la volonté signifie tout d'abord que le juge doit respecter soigneusement le sens donné par les parties si celui-ci est exempté d'ambiguïté⁷⁷⁵. Cela exige ensuite qu'en absence de la volonté explicite, il appartient aux juges du fond⁷⁷⁶ de rechercher l'intention commune des parties⁷⁷⁷. Dans ce dernier cas, les juges ne sont pas liés par le terme employé par les parties, dont le sens est souvent ambigu⁷⁷⁸. Ainsi, Il arrive que la qualification donnée par les parties soit écartée par les tribunaux, que ce soit pour le mot « arrhes »⁷⁷⁹ ou pour celle d'« acompte »⁷⁸⁰.

178. Les indices prises en comptes par le juge L'examen de la jurisprudence nous permet de dégager quelques indices pris en compte par les juges dans leur recherche de l'intention commune des parties⁷⁸¹.

Le juge vérifie d'abord si le contrat présente un caractère ferme et définitif, et dans l'affirmative, la qualification d'acompte sera retenue⁷⁸². Le caractère définitif de l'accord

⁷⁷⁴ La doctrine française parle le plus souvent de l'interprétation des arrhes. À partir du moment où on a exclu la fonction d'acompte et la fonction probatoire des arrhes, il serait plus juste de parler d'une qualification.

⁷⁷⁵ V. Par exemple, Poitiers, 23 septembre 1997, *Juris-Data* : n°056127. « ... il s'agit bien d'une faculté de dédit qui est offerte à l'acquéreur, dans la mesure où en effet l'usage du verbe "se dédire" est dépourvu d'ambiguïté et n'ouvre pas la possibilité au juge de se livrer à une interprétation, quand bien même cette clause ne se réfère pas expressément à l'article 1590 du Code Civil et ne prévoit aucune réciprocité pour le cas où ce serait le vendeur qui poursuivrait la résiliation du contrat ». Pour une illustration où les parties expriment clairement leur intention d'écarter l'article 1590 du Code civil, Cass.Civ., 12 septembre 2012, n°11-87.291.

⁷⁷⁶ L'appréciation souveraine des juges du fond en la matière est ainsi consacrée par la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1956, D. 1956, 609 ; Cass. Com, 3 mai 1965 : *Bull.civ.* 1965, IV, n°280 ; Cass. Com., 16 novembre 1965 : *Bull.civ.*1965, IV, n°576 ; Cass. 3^e civ., 12 décembre 1968 : *Bull.civ.*1968, III, n°547.)

⁷⁷⁷ C'est la différence avec le droit de la consommation. Dans ce domaine, le législateur pose une présomption simple en faveur des arrhes.

⁷⁷⁸ À titre d'illustration, on cite des expressions confuses comme « l'acompte en fixant les arrhes » (Cass. 3^e civ., 15 décembre 1976, n°75-12.518), ou « à titre d'acompte au sens de l'article 1590 du Code civil » (Cass. Com., 26 avril 1976, n° 74-12580). C'est sans doute parce qu'il existe un décalage entre le sens technique du mot « arrhes » et son acception courante dans la vie quotidienne, ce qui résulte expressément de l'attendu d'une décision de la Cour de cassation : Cass. 3^e civ., 3 avril 1973, n°71-14.562.

⁷⁷⁹ Toulouse, 11 juin 1992, *Juris-Data* : n°043494 ; Cass. Com., 20 novembre 1973, n°72-11029 ; Cass. 3^e civ., 3 avril 1973, n°7114562 ; Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1961 : *Bull.civ.*1961, n°152 ; Nîmes, 10 janvier 2008, *Juris-Data* : n°365006. ; Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1961 : *Bull.civ.*1961, I, n°152.

⁷⁸⁰ Cass. 3^e civ., 15 février 2006, n°04-17.595 ; Poitiers, 23 septembre 1997, *préc.* ; Cass. 1^{re} civ., 27 décembre 1963, *Bull.civ.* 1963, I, n°574.

⁷⁸¹ Sur cette question, v. Y. Dagorne-Labbe, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, Thèse Paris, 1984, n°8 et s.

⁷⁸² C'est notamment le cas si les parties ont convenu que les sommes constituent une partie du prix (V. Par exemple, Nouméa, 7 octobre 2004, *préc.* (Les parties ont prévu que les sommes sont à valoir sur le « prix ») ; Grenoble, 25 juin 1996, *Juris-*

peut être déduit, entre autres éléments, de la dénomination du « *contrat* » au lieu de « *promesse* »⁷⁸³. En outre, la nature de certains contrats exclut *a priori* l'existence du dédit⁷⁸⁴.

En revanche, la qualification d'arrhes l'emportera si les parties ont voulu réserver un droit de repentir⁷⁸⁵. La référence à l'article 1590 constitue un indice en faveur du dédit⁷⁸⁶. Mais cette référence n'est pas obligatoire⁷⁸⁷.

L'usage joue aussi un rôle important en la matière⁷⁸⁸, et les juges vérifient souvent si dans un milieu déterminé les arrhes-dédit constituent une pratique courante⁷⁸⁹, ou au contraire si c'est la fonction de l'acompte qui est normalement privilégiée⁷⁹⁰. Là encore, la force des usages n'est que relative et les parties sont libres à y déroger⁷⁹¹.

B De la présomption posée par l'article 1590 du Code civil français

179. La notion de la règle supplétive L'article 1590 du Code civil constitue, comme nous le savons, une règle supplétive. Encore faut-il préciser davantage ce que nous devons entendre par cette expression. L'important travail de C. Pérès-Dourdou nous montre la valeur relative de la distinction traditionnelle entre « *règle*

Data : n°043202 ; Cass. req., 23 nov. 1942 : *JCP G* 1943, II, 2175 ; Reims, 21 décembre 1984, *Juris-Data* : n°043730 (La somme versée est indiquée dans la rubrique « paiement du prix ») ; Cass. 3^e civ., 12 décembre 1968, *préc.*) ; D'autres cas de figure : Cass. 1^{er} civ., 6 juillet 1964 : *Bull.civ.*1964, I, n°369. (une clause d'indemnité pour retard est prévue pour le second versement du prix) ; Reims, 21 décembre 1984, *préc.* (Le bon de commande prévoit un délai très court de livraison qui ne permet pas l'exercice d'un dédit).

⁷⁸³ Paris, 9 avril 1991, *Juris-Data* : n°021163 ; Paris, 4 juillet 1989, *Juris-Data* : n°022965. Selon la Cour, Il y a commande ferme et non promesse de vente avec versement d'arrhes si le bon de commande ne fait pas mention du mot promesse. Certains arrêts sont allés plus loin, considérant que l'article 1590 n'est applicable qu'en présence d'une promesse.

⁷⁸⁴ Nîmes, 18 Janvier 2008, *Juris-Data*: 365006 ; il s'agit de la location des locaux pour le mariage. La Cour a décidé que « *Compte tenu de la nature de l'événement, les futurs époux ne pouvaient s'engager que de manière irrévocable au près d'un professionnel spécialisé dans ce type d'accueil ; que celui-ci ne saurait, dès lors, se prévaloir d'une faculté de dédit nonobstant l'emploi du terme d'"arrhes" dans le contrat* ».

⁷⁸⁵ Cass. 3^e civ., 15 février 2006, n°04-17.595. (La stipulation contractuelle précise qu'en cas de renonciation la somme versée reste acquise entre les mains de l'autre partie). Poitiers, 23 septembre 1997, *préc.* Le caractère provisoire de l'accord proviendrait aussi du fait que le contrat ne produit pas ses effets dans l'immédiat (Paris, 7 novembre 1989, *Juris-Data* : n°027124. Dans cet arrêt, les parties ont prévu que le transfert de la propriété était reporté.)

⁷⁸⁶ Cass. 3^e civ., 3 avril 2002, n°01-01120. Les juges ont soulevé « *que les trois promesses comportaient une mention identique selon laquelle tout désistement sera réglé conformément aux dispositions de l'article 1590 du Code civil* ».

⁷⁸⁷ Poitiers, 23 septembre 1997, *préc.*

⁷⁸⁸ V. Pau, 29 février 1960, *Gaz-Pal.* 1960, 1, 317 : « *Attendu que les usages, dont la force obligatoire sont consacrés par l'article 1135 C.Civ., et qui jouent un rôle important en matière commerciale, peuvent faire écarter la règle supplétive de l'article 1590 et le sens de dédit que l'article a attaché au mot d'arrhes pour les faire considérer comme des acomptes à valoir sur la somme due en exécution du contrat* ».

⁷⁸⁹ Paris, 7 Novembre 1989, *préc.* (chez les antiquaires).

⁷⁹⁰ Pau, 29 février 1960, *préc.*, confirmé par Cass. Com., 3 mai 1965 : *Bull.civ.*1965, n°280. (en matière d'hôtellerie) ; Aix-en-Provence, 25 mai 2011, *Juris-Data* : n°011299. (Les juges du fond avaient considéré que les arrhes étaient peu pratiquées dans les transactions commerciales telles que la réalisation d'oriflammes) ;

⁷⁹¹ Cass. Com., 3 mai 1965, *préc.* L'arrêt précise que les parties « n'avaient pas entendu à se soustraire à l'usage (...) ».

supplétive » et « *règle impérative* »⁷⁹². Les deux corps de règles ont tous un caractère obligatoire⁷⁹³, et surtout, la règle impérative ne supprime pas totalement la liberté des parties⁷⁹⁴. Selon l'auteur, ses études « *encouragent, sinon à abandonner, du moins à nuancer sensiblement ce jugement manichéen qui, par faveur pour la liberté individuelle, donne systématiquement à voir les règles impératives comme les instruments d'une négation de cette liberté* »⁷⁹⁵. Nous ne pouvons qu'approuver cette observation pertinente. Il faut même aller plus loin, car le même constat s'impose au sein des règles supplétives. Même si elle ne l'a pas formulé de manière explicite⁷⁹⁶, Pérès-Dourdou montre bien que la marge de manœuvre laissée à la liberté contractuelle varie selon les règles supplétives en présence⁷⁹⁷. Ces différences s'expliquent par la faveur que le législateur accorde à chacune de ces règles. Si la plupart des règles représentent « *les valeurs et les vues idéales de l'ordre juridique* »⁷⁹⁸, jouissant ainsi « *la préférence de principe* »⁷⁹⁹ reconnue par le législateur, d'autres n'en font pourtant pas partie⁸⁰⁰.

180. La particularité de l'article 1590 au sein de la catégorie des règles supplétives Si nous revenons à l'article 1590 du Code civil, force est alors de constater que celui-ci présente une particularité au sein des règles supplétives. La fonction de dédit n'est ni encouragée comme constituant un modèle idéal, ni conçue comme une règle « *répulsive* » qui invite les parties à adopter une stipulation au sens contraire⁸⁰¹. Bref, l'article 1590 aurait sans doute un caractère « *neutre* »⁸⁰², un simple héritage historique.

⁷⁹² C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, Thèse, LGDJ, 2004.

⁷⁹³ *Ibid.*, n°146 et s.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, n°188 et s.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, n°331, p. 299.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, n°398 et s. dans lequel l'auteur traite la question de recherche de volonté sans faire de distinctions.

⁷⁹⁷ V. Par exemple, *ibid.*, n°517 et s. Pour un résumé éclairant, n°517, p.497 : « *Dans certaines hypothèses, la préférence de principe dont jouit la règle supplétive se trouve renforcée par l'effet d'exigences particulières. En effet, l'ordre juridique se montre parfois plus exigeant à l'égard des prévisions contraires des sujets de droit, soit qu'il réglemente la forme qu'elles doivent emprunter pour leur validité, soit qu'il fixe le moment de leur expression, soit même qu'il limite l'étendue des choix contraires accessibles à l'imagination individuelle dans le respect de l'esprit général de la règle supplétive correspondante. Ces conditions peuvent, le cas échéant, se cumuler et soulignent, en contrepoint, la faveur avec laquelle l'ordre juridique considère l'application de ses dispositions supplétives : non seulement l'expression de la volonté contraire est rendue plus difficile mais encore la règle supplétive se trouve réintégrée à l'encontre de la volonté exprimée lorsqu'elle ne satisfait pas aux conditions imposées* ».

⁷⁹⁸ *Ibid.*, n°492, p.467.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, n°494 et s.

⁸⁰⁰ V. par exemple, les règles supplétive « *répulsive* », *ibid.*, n°588, p.571 : « *il est certaines règles supplétives dont on perçoit qu'elles n'ont pas essentiellement pour mission d'incarner les valeurs idéales de l'ordre juridique qui les édicte. A rebours, et non sans un certain paradoxe, la règle supplétive peut en effet être conçue et utilisée par l'ordre juridique comme un instrument destiné à inciter les sujets de droit à exercer la liberté de principe dont ils disposent et à sanctionner leur silence là où l'expression de leur volonté aurait être souhaitable* ».

⁸⁰¹ Le meilleur exemple c'est la solution prétorienne qui refuse la révision pour l'imprévision en droit civil.

⁸⁰² L'expression est employée par Doyen Cornu dans sa note sous Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1966, *RTD civ.* 1967, 183.

La présomption de l'article 1590 se trouve régulièrement renversée⁸⁰³. Mais le caractère neutre de ce texte a conduit une partie de la doctrine à lui refuser toute aptitude à créer une quelconque présomption en faveur des arrhes-dédit⁸⁰⁴. Certains sont allés plus loin, en proposant une présomption d'acompte en cas de doute⁸⁰⁵, s'appuyant sur certaines décisions jurisprudentielles⁸⁰⁶.

Outre qu'elle ne fait pas l'unanimité en doctrine⁸⁰⁷ et est démentie par la Cour de cassation⁸⁰⁸, cette vision des choses est sans doute excessive. Sauf à vider l'article 1590 toute sa portée normative, il faut admettre qu'une présomption de dédit est établie en l'absence de la volonté contraire. Simplement, la force d'une telle présomption est très limitée, et il faut pousser plus loin la recherche de cette commune intention, ce que les juges du fond font toujours.

*

* *

181. Conclusion du chapitre I Le mécanisme d'arrhes ne joue pas le même rôle en présence des différentes fonctions.

Les arrhes participent à réaliser la fonction comminatoire. Le caractère bilatéral, onéreux et la remise anticipée de la somme assurent la pression pour les parties et les incitent à conclure le contrat définitif (le cas des arrhes-promesse) ou à exécuter les obligations réciproques (le cas des arrhes-exécution).

Les arrhes ne jouent en revanche qu'un rôle passif en présence d'une fonction libératoire. Elles servent à garantir la validité de la faculté de dédit en droit français. D'abord, les arrhes écartent la grief de potestativité en droit commun : l'existence des arrhes témoigne du sérieux de la volonté du débiteur, et le caractère onéreux et

⁸⁰³ J. Carbonnier, *RTD.civ.* 1960, 496 : « il est bien connu que la jurisprudence, en matière de vente, fait très facilement céder la présomption de dédit devant les indices d'une intention d'acompte ».

⁸⁰⁴ G. Cornu, note préc., *RTD. civ.* 1967, 183 ; Djoudi, *Rép.civ.*, v° Arrhes, n°7 et s.

⁸⁰⁵ M. Mignot, *Juri.Cl. Civil Code*, art. 1590, n°38 : « En principe, le consentement donné par chaque partie est irrévocable. À défaut de volonté contraire, la somme versée doit être qualifiée d'acompte. Le versement d'un acompte marque la formation d'un engagement irrévocable exclusif de toute faculté de repentir ».

⁸⁰⁶ v. Les décisions citées par J. Carbonnier, *RTD.civ.*, 1956, 363.

⁸⁰⁷ Baudry-Lcantine et Saïgnat, *op.cit.*, n°79 ; G. Marty, *RTD.civ.*, 1938, 810 ; Y. Dagorne-Labbe, *op.cit.*

⁸⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 1963 : *Bull.civ.*1963, I, n°54. L'arrêt décide « qu'à défaut de la manifestation de volonté des parties quant au sens à donner au versement litigieux, il appartenait au juge du fond de rechercher par une appréciation souveraine, quelle avait été leur intention commune, et en cas de doute sur celle-ci de considérer que la somme de 1.000 Francs avait été versée et reçue avec réserve d'une faculté de dédit, conformément à l'article 1590 du Code civil ».

bilatéral de la somme diminuent considérablement le risque d'arbitraire dans l'exercice de la faculté. En droit de la consommation, les arrhes permettent à la clause d'échapper à la qualification de clause abusive, grâce notamment à sa réciprocité.

Comme une conséquence naturelle, le mécanisme des arrhes ne présente pas la même importance dans les deux systèmes juridiques. En droit chinois, le mécanisme des arrhes est le seul concevable pour assumer les diverses fonctions juridiques. La qualification d'arrhes passe avant leur fonction juridique. Il n'en va pas de même en droit français. Pour ce dernier, l'article 1590 n'a qu'une valeur supplétive, et la convention d'arrhes n'est qu'une variété possible pour la faculté de dédit. En d'autres termes, la fonction juridique passe avant le mécanisme emprunté.

Chapitre II L'efficacité de la fonction et le mécanisme d'arrhes

182. Si la fonction juridique exerce une influence sur le rôle ainsi que l'importance du mécanisme d'arrhes, cette dernière est aussi déterminante pour l'efficacité de la fonction poursuivie. Pour l'illustrer, nous proposons de raisonner à partir d'un élément de ce mécanisme : le montant des arrhes.

Le montant des arrhes a une incidence cruciale pour l'efficacité de la fonction juridique en cause, que ce soit pour la fonction libératoire ou pour la fonction comminatoire (Section

I). Un contrôle juridique sur ce montant est rendu nécessaire afin de sauver l'efficacité de la fonction juridique (Section II).

Section I L'impact du montant des arrhes sur la fonction juridique

183. L'impact du montant des arrhes pour la fonction comminatoire des arrhes Il est évident que l'effet comminatoire de la clause d'arrhes dépend largement du montant stipulé. Plus le montant est élevé, plus la pression est grande pour les parties. Mais dépassé un certain seuil, le montant des arrhes peut tourner contre la bonne exécution du contrat. Il produit un effet dissuasif pour celui qui doit verser les arrhes en premier. Cet effet dissuasif est d'autant plus regrettable que le contrat d'arrhes présente un caractère réel, et la non-remise de la somme prive la convention de tous ses effets comminatoires.

184. L'impact du montant des arrhes pour la fonction libératoire des arrhes Le montant des arrhes joue aussi un rôle non négligeable en présence de la fonction libératoire. Si la somme stipulée est trop faible, le titulaire se trouve dans une situation très avantageuse, mais c'est la sécurité juridique qui se trouve menacée. Mais d'un autre côté, si le montant est très élevé, la liberté d'exercer une telle faculté est largement affectée, et au-delà d'un certain plafond, ladite faculté est plus théorique que réelle.

Vu l'impact du montant sur la réalité des fonctions juridiques, un contrôle judiciaire s'avère extrêmement nécessaire.

Section II Le contrôle du montant des arrhes pour garantir l'efficacité de la fonction

185. La solution chinoise est en réalité assez simple : la loi fixe un plafond maximal (§1). En recherche, ce contrôle s'avère beaucoup plus complexe en droit français (§2).

§1 Une solution simple en droit chinois

186. La fixation d'un plafond impératif Contrairement à la solution adoptée en matière de la clause pénale, le législateur chinois a instauré un plafond légal pour les arrhes. Le montant maximal des arrhes est calqué, non pas sur le préjudice réellement subi, mais sur l'obligation monétaire l'objet du contrat. Selon L'article 91 de la *LCS*, ce montant librement fixé par les parties ne peut pas dépasser le 20 pour cent du montant que représente l'obligation pécuniaire résultant du contrat principal⁸⁰⁹.

Reste à préciser la sanction encourue en cas de violation d'une telle règle. Le texte légal reste silencieux sur ce point, et c'est la Cour populaire suprême qui édicte la solution : la convention d'arrhes n'est pas nulle, mais son montant est ramené au plafond maximal fixé par la loi⁸¹⁰. Le surplus se transforme automatiquement en acompte, s'imputant ainsi sur le prix à payer⁸¹¹. Une telle solution évite une restitution anticipée des arrhes pendant

⁸⁰⁹ Par exemple, si la chose objet de la vente vaut 100 euros, le montant des arrhes ne peut pas dépasser le 20 pour cent de ce prix de vente, à savoir 20 euros.

⁸¹⁰ Art. 120 de l'interprétation judiciaire sur la *LCS*, Fashi, (2000), n°44.

⁸¹¹ Première Tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 avril 2012, référence : CLI.C.991019 ; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 12 novembre 2012, référence : CLI.C.1424362 ; Tribunal intermédiaire de Changde, Hunan, 30 décembre 2010, référence : CLI.C.380114 ; Tribunal de base de Baixia, Nanjing, 26 décembre 2012, référence : CLI.C.1793275 ; Tribunal de base de Xihu, Zhejiang, 2 août 2012, référence : CLI.C.1257441 ; Premier Tribunal intermédiaire de Pékin, 24 septembre 2013, référence : CLI.C.2119659 ; Tribunal de base de Zhongyuan, Henan, 7 août 2013, référence : CLI.C.1955143 ;

l'exécution du contrat. Sauf quelques décisions isolées⁸¹², la jurisprudence respecte fidèlement une telle solution.

187. Des cas difficiles Une difficulté peut se poser lorsque le prix total n'est pas fixé dans le contrat principal⁸¹³. Le juge essaie de trouver une solution adaptée aux circonstances de l'espèce⁸¹⁴. Une autre incertitude concerne des contrats à exécution successive. Dans un contrat de bail d'habitation pour une durée de 10 ans, le montant des arrhes représentait la moitié du loyer annuel⁸¹⁵. Ce montant était jugé excessif. La solution aurait été différente si le tribunal avait pris comme base de calcul, non pas le loyer annuel, mais le loyer total de 10 ans⁸¹⁶.

§2 Un contrôle complexe en droit français

Tribunal de base de Xiashan, Zhejiang, 22 octobre 2012, référence : CLI.C.1329978 ; Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 3 septembre 2012, référence : CLI.C.1178852 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 12 juin 2012, référence : CLI.C.987320 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, 7 mai 2012, référence : CLI.C.1148047 ; Tribunal intermédiaire de Jiaozuo, Henan, 6 février 2012, référence : CLI.C.826497 ; Tribunal de base de Jinzhou, Zhejiang, 24 décembre 2010, référence : CLI.C.1519606 ; Tribunal de base de Baoan, Guangdong, 24 novembre 2010, référence : CLI.C.430580 ; Tribunal de base de Jiaojiang, Zhejiang, 12 novembre 2010, référence : CLI.C.1529437 ; Tribunal de base de Jiading, 17 octobre 2010, référence : CLI.C.612351 ; Tribunal supérieur de Heilongjiang, 12 juillet 2010, référence : CLI.C.1430870 ; Tribunal de base de Yucheng, Henan, 28 mai 2010, référence : CLI.C.735423 ; Tribunal de base de Zhongyuan, Henan, 23 avril 2010, référence : CLI.C.685123 ; Tribunal de base de Gongyi, Henan, 6 avril 2010, référence : CLI.C.753180 ; Tribunal de base de Cuiyuan, Henan, 26 mars 2010, référence : CLI.C.270631 ; Tribunal intermédiaire de Guilin, Guangxi, 23 mars 2010, référence : CLI.C.306812 ; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 18 mars 2010, référence : CLI.C.252509 ; Tribunal de base de Baoshan, Shanghai, 8 mars 2010, référence : CLI.C.562738 ; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Zhejiang, 23 décembre 2009, référence : CLI.C.243512 ; Tribunal supérieur de Zhejiang, 22 décembre 2009, référence : CLI.C.247165 ; Tribunal de base de Xiaoshan, Hangzhou, 7 décembre 2009, référence : CLI.C.254806 ; Tribunal de base de Chaoyang, Pékin, 7 décembre 2009, référence : CLI.C.223086 ; Tribunal de base de Gongshu, Zhejiang, 1^{er} décembre 2009, référence : CLI.C.265049 ; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 27 novembre 2009, référence : CLI.C.267259 ; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 15 octobre 2010, référence : CLI.C.282526 ; Tribunal de base de Yiwu, Zhejiang, 10 octobre 2009, référence : CLI.C.1683928 ; Premier Tribunal intermédiaire de Pékin, 17 septembre 2009, référence : CLI.C.208858 ; Tribunal intermédiaire de Jiaying, Zhejiang, 16 septembre 2009, référence : CLI.C.283029 ; Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 20 mars 2013, référence : CLI.C.1344583 ; Tribunal de base de Haiyan, Zhejiang, 19 mai 2009, référence : CLI.C.1702232 ; Tribunal supérieur de Tianjing, 30 juin 2014, référence : CLI.C.3405431 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 20 octobre 2014, référence : CLI.C.3442361.

⁸¹² Nous pouvons relever deux décisions isolées. Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 janvier 2012, référence : CLI.C.997041. Dans cette décision, le pourcentage important des arrhes (50 pour cent du prix total) avait conduit le juge à retenir la qualification d'acompte. Tribunal de base de Ciji, Henan, 30 décembre 2012, référence : CLI.C.1793275. Le montant des arrhes dépasse la limite légale sans que le juge soit intervenu pour prononcer la réduction.

⁸¹³ La détermination du prix n'est pas requise en droit chinois comme une condition de la formation du contrat.

⁸¹⁴ Tribunal de base de Changge, Henan, 12 février 2011, référence : CLI.C.614552. Face à l'attitude critiquable du défendeur qui s'abstenait de comparaître devant le tribunal, le juge a accepté la demande de la victime dans sa totalité. Tribunal intermédiaire de Baise, Guangxi, 6 mai 2013, référence : CLI.C.1855289. Le contrat ne mentionne qu'une fraction du prix, et le juge a calculé le 20 pour cent sur la base de cette somme.

⁸¹⁵ Tribunal supérieur de Ningxia, 31 août 2010, référence : CLI.C.337274.

⁸¹⁶ C'est sans doute les considérations de la proportionnalité des peines et de l'équité qui fondent la solution.

188. Même si la difficulté concerne principalement le montant excessif (B), il faut aussi dire un mot d'abord sur le cas du montant insuffisant (A).

A Le montant insuffisant

189. Une question obscurcie La question du montant insuffisant des arrhes est largement obscurcie en droit français, puisque la majorité de la doctrine admet sans réserve la validité du dédit gratuit⁸¹⁷.

La force probatoire des arrhes est tombée dans la désuétude en droit contemporain. Il est pourtant intéressant de noter que la somme modique des arrhes était longtemps considérée comme un élément déterminant pour identifier la fonction probatoire⁸¹⁸. Autrement dit, la fonction de dédit était exclue si la somme versée est insignifiante. Cette exclusion s'explique surtout par des considérations morales : il est injuste de permettre à l'une des parties de se dédire en perdant seulement une somme médiocre⁸¹⁹. Même s'il est douteux que la jurisprudence contemporaine s'oriente toujours dans cette voie⁸²⁰, la solution traditionnelle confirme notre méfiance à l'encontre des « *dédits gratuits* ».

B Le montant excessif

190. En théorie, le contrôle judiciaire des arrhes peut emprunter deux voies différentes : il s'agit soit d'une réduction du montant excessive comme c'est le cas en

⁸¹⁷ V., *supra*, n°165

⁸¹⁸ Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente et échange*, 1^{er} vol., 1908, n°85 ; Colin et Capitant, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. 2, par Julliot de la Marandière, 1959, Dalloz, n°838.

⁸¹⁹ V. en ce sens, G. Toujas, note sous L'arrêt d'appel Toulouse, 29 novembre 1949, *JCP G*, 1950, II, 5342 : « On dit parfois que la minimité de la somme versée doit faire écarter l'idée de dédit. N'est-il pas en effet inadmissible que les parties aient pu s'autoriser mutuellement à se dégager du contrat moyennant une somme insignifiante par rapport à l'objet du marché ? Un versement symbolique ne doit-il pas être considéré comme le sceau mis au bas d'un accord pour le rendre définitif et inconditionnel ? Ou même comme le traditionnel « denier à Dieu », dont l'objet était précisément de marquer la perfection de cet accord ? Comment concevoir que l'on puisse retirer sa parole moyennant une perte infime ? Un tel contrat ne serait pas sérieux ».

⁸²⁰ Aix, 15 juillet 1926 ; *D. P.* 1928, 1, 166 : « Attendu qu'à l'ensemble des circonstances dans lesquelles la convention est intervenue, ni la stipulation que la prise de possession de l'immeuble vendu est immédiate, ni la minimité de la somme versée par rapport au prix convenu, ni aucune autre circonstance accessoire de la cause n'étant déterminante de l'intention des parties sur le sens qu'elles ont entendu donner aux arrhes versées, (...) ».

droit chinois (1), soit d'une révision judiciaire applicable en matière de clause pénale (2). Mais ces deux contrôles posent des difficultés dans le contexte du droit français.

1. Réduction des arrhes-débit

191. La notion de la réduction « *Il y a dans la théorie des obligations une réductibilité des obligations excessives dont on parle aussi peu que possible. Dans la pratique, tout le monde le connaît, c'est une habituée des Palais* »⁸²¹. Le propos de Perrin, formulé au début du XX^{ème} siècle, demeure toujours pertinent. La question se pose ainsi de savoir si le montant du dédit excessif peut faire l'objet d'une réduction.

Il faut d'emblée préciser ce que nous entendons par le mot « *réduction* ». N'étant pas une conception juridique au sens stricte, la confusion est permise entre différentes expressions : la réduction, la réfaction, la révision, *etc.*⁸²².

La réduction est d'abord une sanction objective, qui est étrangère à toute idée de faute. Il se distingue ainsi de toute '*réduction indirecte*', qui se passe par l'octroi des dommages-intérêts⁸²³. De même, elle ne se confond pas non plus avec l'action estimatoire reconnue pour l'acquéreur victime d'un vice caché. Une parenté existe par contre entre la réduction et la réfaction⁸²⁴ Mais elle tombe néanmoins devant le deuxième trait majeur de la réduction. En tant qu'une variété de la nullité partielle⁸²⁵, la réduction ne concerne que le stade de formation du contrat. Autrement dit, le caractère excessif du prix existe *ab initio*, et n'est ni

⁸²¹ Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, thèse Paris, 1905.

⁸²² Sur les différences subtiles entre ces différentes notions, v. K. de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, thèse, LGDJ, 2006, n°4 et s.

⁸²³ Dans un arrêt remarquable quoiqu'inédit, la Cour de cassation a estimé que « *l'acquéreur pouvait invoquer le dol pour conclure seulement à une réduction de prix...* ». (Cass. 3^e civ., 6 juin 2012, n°11-15.973 ; *RDC* 2012, 1180, note Thomas Génicon.) Mais comme l'a bien démontré T. Génicon, le terme choisi par la Cour est sans doute malheureuse. Il faudrait plutôt raisonner en termes de dommages-intérêts. Quoi qu'il en soit, cette « réduction », parce qu'elle est fondée sur une faute civile qu'est le dol, ne se confond pas avec la réduction en cas de clause de dédit qui nous intéresse ici. Un autre exemple peut être fourni en matière de la détermination unilatérale du prix. La jurisprudence admet, à la suite de ses fameux arrêts de 1995, le contrôle d'abus dans la fixation unilatérale du prix. La sanction n'est pas la nullité du contrat, mais la résolution du contrat ou l'octroi des dommages-intérêts. Comme l'a parfaitement montré MM. N. Molfessis et D. Bureau (*LPA*, 27 décembre 1995, n°155, p.11), cette dernière sanction aboutirait indirectement à la réduction du prix excessive. Là encore, cette réduction suppose qu'un abus soit préalablement établi.

⁸²⁴ P. Jourdain, « A la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2008 ; p.449 et s., *nota.*, p.460 et s.

⁸²⁵ V. L'observation éclairante de Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse Strasbourg, 1968, LGDJ, 1969 ; n°174, p.210 : « *Le problème de l'étendue de la nullité est donc résolu essentiellement au moyen de deux techniques : la nullité d'une clause ou d'une partie de l'acte et la réduction de stipulations excessives... La première se caractérise, si l'on peut recourir à cette image, par l'emploi d'une paire de ciseaux. L'acte est amputé d'une partie plus ou moins grande de lui-même : d'une phrase, d'un paragraphe, parfois d'un mot seulement, exceptionnellement de sa plus grande partie. La réduction, au contraire, est un procédé plus subtil : une quantité, un chiffre, est simplement remplacée par une autre quantité, par un autre chiffre, l'acte subsistant, pour le reste, intégralement* ». En ce sens, F. Boussougou, « La nature juridique de la réduction applicable aux obligations excessive », in *Mélanges Ph. Simler*, p.531 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op.cit.*, n°720, p.349 : « *La nullité partielle aboutit à une réduction chaque fois que l'illicéité tient à un excès* » ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, *op.cit.*, n°305.

le résultat d'une exécution défectueuse de la prestation qui en est la contrepartie⁸²⁶, ni le fruit d'un changement de circonstances au cours d'exécution⁸²⁷. Elle ne se confond non plus avec la révision de la clause pénale, pour laquelle le caractère excessif n'apparaît qu'au moment de l'inexécution consommée.

192. L'obstacle théorique pour admettre la réduction des arrhes-dédit La réduction du prix de dédit heurte au rôle traditionnel des juges en matière du prix. Ce rôle consiste à vérifier que le prix existe et qu'il présente un caractère sérieux afin d'éviter que celui-ci « *ne constitue qu'une façade, une fiction* »⁸²⁸. La décision prend la forme d'une option à deux branches : ou bien le prix stipulé est sérieux, le contrat est valable, ou bien il ne l'est pas, et le juge annule le contrat. Mais il lui est en principe interdit de refaire la loi contractuelle en imposant aux parties un nouveau prix qu'il juge plus équitable⁸²⁹. Cette solution de principe est rappelée récemment par la Cour de cassation dans une décision rendue à propos d'une clause de non-concurrence.

193. Le cas de dédit-formation : une fausse exception Un doute est néanmoins permis en ce qui concerne la clause de dédit-formation, « *selon laquelle le salarié s'engage à rembourser tout ou partie des frais de formation, s'il quitte l'entreprise avant une certaine date* »⁸³⁰. La jurisprudence a consacré sa validité tout en imposant certaines conditions nécessaires, parmi lesquelles figure la proportionnalité du montant de l'indemnité⁸³¹. Le juge n'hésite pas à réduire l'indemnité quand cela lui

⁸²⁶ La réfaction, au contraire, est liée à une exécution insuffisante de la prestation. « *Elle consiste en effet en une diminution de la prestation d'une partie en raison de l'insuffisance de la prestation de l'autre* ». (P. Jourdain, *art.préc.*, p.449). En ce sens, C. Albiges, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p.3 et s.. *Contra.*, K. de la Asuncion, *op.cit.*, l'auteur a développé dans sa thèse une conception large de la réfaction. « *Il est proposé de démontrer que la réfaction ne recouvre pas seulement des hypothèses d'inexécution, mais que cette sanction a aussi pour objectif de sauver le contrat de la nullité par la modification de l'un de ses éléments essentiels ou accessoires qui sera mis en conformité avec la règle applicable* ». (n°27, p.23). La « *réduction* » des honoraires excessifs pour les professions libérales peut être rangée dans cette catégorie, en ce sens que la réduction résulte de l'insuffisance de la prestation réellement fournie.

⁸²⁷ C'est par exemple la diminution du prix en cas de destruction partielle de la chose louée par cas fortuit, hypothèse prévue par l'article 1722 du Code civil.

⁸²⁸ M. Thioye, *Recherche sur la conception du prix dans les contrats*, Thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n°1504, p.679.

⁸²⁹ Un récent arrêt rendu par la Chambre sociale (Cass. Soc., 16 mai 2012, n°11-10.760 ; *Gaz.Pal.* 2012, n°201, p.14, note S. Le Gac-Pech, et n°285, p.17, *obs.* D. Houtcieff ; *JCP S* 2012, n°30, 1329, note G. Loiseau ; *RDT.* 2012, p.488, *obs.* B. Géniaut ; *RDC.* 2013, 74, note T. Génicon) a réaffirmé solennellement ce principe, à propos d'une clause de non-concurrence : « *Si une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie rendant la clause nulle, le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée* ».

⁸³⁰ A. Mazeaud, *Droit du travail*, 8^e édition, Montchrestien, 2012, n°579, p.334.

⁸³¹ Cass. Soc., 17 juillet 1991, *D.* 1991, *inf.rap.*, 225 ; Cass. Soc., 21 mai 2002 : *Bull.civ.*2002, V, n°169 ; *Dr.soc.* 2002, 902, *obs.* Savatier : « *Les clauses de dédit-formation sont licites si elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention*

paraît manifestement excessif⁸³². Si on considère, comme l'a fait une partie de la doctrine⁸³³, que le dédit-formation n'est autre chose qu'une forme particulière de la clause de dédit en droit social, le refus de réduction du dédit pourrait être discuté. Cette assimilation est néanmoins démentie par la jurisprudence, qui révisé le dédit-formation en visant l'article 1152 du Code civil. Le raisonnement en termes de clause pénale n'emporte pourtant pas non plus la conviction unanime de la doctrine⁸³⁴. Pire, la jurisprudence elle-même n'est pas solide dans sa position et elle revient parfois sur cette qualification afin précisément de refuser une quelconque réduction⁸³⁵.

L'incohérence des décisions est regrettable, et il faut s'interroger sur l'origine de la difficulté. Si les solutions vont dans les deux sens, c'est peut être dû à la nature hybride du dédit-formation. Monsieur Chauchard est bien conscient de cette hybridité : « *les fonctions assignées à cette clause de dédit par les employeurs visent, tantôt à garantir la dépense de formation en cas de départ prématuré du salarié ou encore à s'assurer du bénéfice de la formation dispensée, tantôt à dissuader le salarié de quitter trop rapidement son emploi ou encore à ne pas passer au service d'autrui* »⁸³⁶. Cette dualité des fonctions est d'ailleurs consacrée par la jurisprudence⁸³⁷. Mais la révision du dédit-formation ne constitue un argument en faveur de celle en cas de dédit que si cette réduction s'appuie sur la préservation de la liberté (liberté de démissionner dans ce cas de figure). Or, à travers des décisions consacrant une éventuelle réduction du montant des dédit-formation, on s'aperçoit que les juges le font en se fondant exclusivement sur la disproportionnalité de l'indemnité par rapport au frais engagé. En cas de privation de la liberté du salarié de démissionner, la sanction classique de nullité trouve à s'appliquer.

collective, si le montant de l'indemnité de dédit est proportionné aux frais de formation engagés et si elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner ».

⁸³² Cass. Soc., 18 juin 1981 : *Bull.civ.*1981, V, n°587 ; Cass. Soc., 23 janvier 1985 : *Bull.civ.*1985, V, n°58 ; Colmar, 10 juillet 2012, *Juris-Data* : n°017162 ; Reims, 27 mai 2003, *Juris-Data* : n°225226 ; Nîmes, 9 mai 2001, *Juris-Data* : 149945 ; Nancy, 23 mars 1992, *Juris-Data* : n°042116 ; Amiens, 3 juin 2008, *Juris-Data* : 001575 ; Aix-en-Provence, 13 décembre 2002, *Juris-Data* : n°205275 ; Paris, 24 octobre 2001, *Juris-Data* : 159441 ; Nîmes, 9 mai 2001, *Juris-Data* : n°149945 ; Nancy, 23 mars 1992, *Juris-Data* : n°042116 ; Dijon, 4 septembre 1990, *Juris-Data* : n°047632 ; Paris, 3 mai 1984, *D.*1985, p.156.

⁸³³ T. Tauran, « Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale » ; *JCP S*, 2006, 1327. « *Les clauses de dédit-formation ne sont qu'une catégorie particulière de clauses de dédit, c'est-à-dire de stipulations contractuelles permettant à l'une des parties de ne pas donner suite à son engagement, sous certaines conditions. Les parties peuvent en insérer dans divers contrats* ».

⁸³⁴ Pour cette qualification : D.Mazeaud, *La notion de clause pénale*, thèse, 1992, LGDJ, n°328, p.180 : « *En bref, cette clause de dédit formation est fort mal nommée ; il s'agit ni plus ni moins d'une clause pénale comparable à celle que l'on trouve en matière d'obligation de non concurrence pour garantir de celle-ci de sanctionner son éventuelle inexécution* ». Contre une telle qualification : Cécile Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, thèse, 2002, n°35, p.32 et s. ; F. Canut, *Les clauses de dédit-formation : de la nullité des clauses illicites à la nullité des clauses excessives*, JS Lamy, 2005, n°160, pp.4-8 ; G.-P. Quéant, *La clause de dédit-formation est-elle révisable par le juge ? Cah. Prud'h.*, 2001, n°42, pp.6-7.

⁸³⁵ V. Chambéry, 15 février 2011, *Juris-Data* : n°003561 ; Colmar, 18 mars 2008, *Juris-Data* : n°370753 ; Paris, 7 septembre 2001, *Juris-Data* : n°154308.

⁸³⁶ J.-P. Chauchard, « La clause de dédit-formation ou le régime de liberté surveillée appliqué aux salariés », *Dr.soc.* 1989, p.388, n°3.

⁸³⁷ C'est ainsi que selon elle, l'indemnité doit d'une part être proportionnée aux frais réellement engagés par l'employeur, d'autre part préserver la faculté pour le salarié de démissionner.

Par conséquent, la réduction de l'indemnité du dédit-formation ne constitue pas une véritable exception pour la non-réductibilité des arrhes-débit ⁸³⁸.

194. L'obstacle pratique pour admettre la réduction des arrhes-résolution
Théoriquement problématique, cette réduction est d'ailleurs difficile à mettre en œuvre. Cela s'explique par la contrepartie spécifique des arrhes-débit. Il s'agit d'une prérogative conventionnelle de repentir. Or, comment déterminer le caractère excessif des arrhes dans une telle hypothèse ? Normalement, ce caractère est établi à travers le jeu de comparaison : on compare le montant versé avec le prix du marché de la prestation (en cas de contrepartie) ou avec préjudice réellement subi (en cas d'indemnisation). La mise en œuvre de cette comparaison s'avère pourtant impraticable pour les arrhes-débit, puisqu'il est impossible de fixer un « *prix de référence* » pour une faculté de dédit. Dès lors, la détermination du caractère excessif pose de véritables difficultés. Mais à supposer que celui-ci soit acquis, encore faut-il déterminer l'ampleur de cette réduction, et la même difficulté resurgit...

2. Extension de la révision judiciaire des clauses pénales excessives

195. Le droit positif français refuse d'étendre la révision judiciaire en dehors du cas de la clause pénale (a). Le juge révisé parfois les arrhes-débit par le biais d'une requalification (b). Ce contournement nous conduit à réfléchir sur la légitimité de l'interprétation restrictive de l'article 1152 (c).

a) Extension condamnée par la jurisprudence

196. Une position ferme La loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil a mis fin au principe d'intangibilité de la clause pénale en accordant au juge un pouvoir modérateur sur le montant de celle-ci. Cette loi est présentée par certains comme « *l'une des lois les plus importantes du XX^e siècle* »⁸³⁹.

⁸³⁸ Position approuvée par une partie de la doctrine. V. F. Canut, *op.cit.*, « *En effet, la théorie de la nullité-réduction pourrait être admise lorsqu'il s'agit de réduire le montant d'une clause de dédit-formation ou sa durée, excessifs par rapport aux frais engagés par l'employeur. Dans ce cas, on pourrait considérer qu'il s'agit d'une nullité pour absence partielle de cause. Mais cette analyse ne tient pas lorsque le caractère excessif de la clause se révèle non pas par rapport aux dépenses de formation, mais par rapport à la liberté de démissionner du salarié. Il en est de même si le montant du dédit est excessif par rapport non plus aux efforts financiers de l'employeur mais par rapport au montant du salaire* ».

⁸³⁹ P. Delebecque, Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, *LPA* 5 mai 2000, p.22, *spéc.* pp. 23-24.

Par un souci de sécurité juridique ainsi que le respect de la liberté contractuelle des parties, la jurisprudence a interprété strictement l'article 1152, refusant de l'étendre aux « *diverses clauses de simple indemnisation, notamment en cas d'exercice d'un droit ou d'une faculté* »⁸⁴⁰. Les arrhes, ayant pour fonction de garantir une faculté de dédit, sont donc « *non susceptibles de réduction judiciaire* »⁸⁴¹.

197. Les critères de la distinction entre clause de dédit et clause pénale Ce refus d'extension présuppose une distinction claire entre la clause de dédit et la clause pénale. Trois critères peuvent être avancés.

Le premier concerne le but poursuivi des deux clauses. « *Dans un cas, il s'agit pour les parties d'admettre et d'organiser la disparition de la convention conclue ou simplement projetée tandis que dans l'autre, il s'agit de garantir, par l'effet de la menace, son exécution* »⁸⁴². À cet égard, il semble qu'aucune confusion ne serait permise : « *alors que la clause pénale contraint les parties à exécuter les engagements qu'elles ont pris, la faculté de dédit admet que les parties reviennent sur leurs engagements en revenant sur leur volonté originaires* »⁸⁴³.

À cela s'ajoute un deuxième critère étroitement lié au précédent. Les faits générateurs déclenchant le jeu des deux clauses ne sont pas les mêmes. L'application de la clause pénale suppose une inexécution des obligations contractuelles. L'idée du manquement est pourtant absente dans la notion du dédit⁸⁴⁴.

La jurisprudence se réfère indifféremment aux deux thèses, définissant la clause pénale tantôt comme « *la sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations* »⁸⁴⁵, tantôt comme celle ayant pour but de « *faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation* »⁸⁴⁶. Parallèlement, c'est l'absence de la notion d'inexécution⁸⁴⁷ ou la possibilité de se soustraire à l'exécution⁸⁴⁸ qui caractérise la clause de dédit.

Le troisième critère est lié à la dimension temporelle de la clause de dédit. La faculté

⁸⁴⁰ N. Rontchevsky, « La révision de la clause pénale, aujourd'hui et demain », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, n°2, pp. 695-696.

⁸⁴¹ Pour une illustration récente parmi tant d'autres, Cass. 2^e civ., 13 juin 2013, n°12-21.300.

⁸⁴² D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, op.cit., n°311, p.170.

⁸⁴³ *Ibid.*, n°313, p.172.

⁸⁴⁴ Dans ce sens, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, op.cit., n°624, p.677 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, op.cit., pp.697-698.

⁸⁴⁵ Paris, 27 septembre 2013, *Juris-Data* : n°021690 ; Cass. Com., 22 mars 2011, n°09-16.660 ; Paris, 17 novembre 2006, *Juris-Data* : n°322083 ; Colmar, 1^{er} octobre 2004, *Juris-Data* : n°257542.

⁸⁴⁶ Cass. Com., 11 janvier 2011 : *Bull.civ.*2011, IV, n°4 ; Cass. Com., 29 novembre 2005, n°02-19.174.

⁸⁴⁷ Versailles, 14 Octobre 2010, *Juris-Data* : n°022914 ; Cass. 1^{er} civ., 17 juin 2009, n°08-15.156.

⁸⁴⁸ Paris, 25 Mars 2008, *Juris-Data* : n°364748 ; Douai, 26 Novembre 2007, *Juris-Data* : n°366926 ; Cass. Com., 29 novembre 2005, *préc.* ; Paris, 21 Janvier 2005, *Juris-Data* : n°263152 ; Cass. Com., 2 avril 1996, n°94-13.433.

de dédit est par essence précaire, et elle ne peut exister que pour une période limitée. Au contraire, la clause pénale présente un caractère durable, qui accompagne normalement le contrat tout au long de sa vie. C'est ainsi que selon Monsieur Boyer, l'indication du délai constitue un indice en faveur de la clause de dédit⁸⁴⁹. En outre, la qualification du dédit sera retenue si les parties précisent que son exercice doit intervenir avant tout exécution du contrat⁸⁵⁰.

Cela étant, le principe de non révision du dédit est parfois contourné par les juges, par le biais d'une requalification de la clause.

b) Révision indirecte par le biais de la requalification

198. La requalification de la clause de dédit La requalification du dédit en une clause pénale demeure une chose exceptionnelle en jurisprudence⁸⁵¹. Cette opération intervient de manière plus fréquente en présence d'un autre type de « dédit », à savoir la clause de résiliation unilatérale⁸⁵². Dans certaines décisions, les juges vérifient si le montant du 'dédit' a pour effet de faire obstacle à l'exercice de la faculté⁸⁵³. C'est notamment le cas où la somme est quasi-identique à celle dont le créancier aurait bénéficié si le contrat n'avait pas été résilié⁸⁵⁴. Mais cette requalification n'a rien de systématique, et certaines décisions refusent d'y voir une clause pénale malgré le

⁸⁴⁹ L. Boyer, *op. cit.*, n°20, p.62.

⁸⁵⁰ Paris, 21 Janvier 2005, *Juris-Data* : n°263152 ; Paris, 11 juin 2004, *Juris-Data* : n°248812.

⁸⁵¹ On peut néanmoins citer quelques décisions en ce sens. Metz, 2 octobre 2012, *Juris-Data* : n°023811. En l'espèce, les juges d'appel avait qualifié la clause comme clause pénale, « eu égard aux termes employés dans l'acte et compte tenu de son coût (97000 euros) ». Grenoble, 7 juin 1997, *Juris-Data* : n°042468. Une clause de dédit qui présente le 30 pour cent du prix de vente a été requalifiée en clause pénale.

⁸⁵² En réalité, la jurisprudence désigne souvent la clause de résiliation unilatérale sous le nom du dédit. V. ex., Cass. Civ. 2^E, 13 juin 2013, n°12-21.300 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'indemnité prévue au contrat en cas de résiliation unilatérale de la convention par le client et dessaisissement de l'avocat constitue une clause de dédit non susceptible de réduction judiciaire, le premier président a violé le texte susvisé* ».

⁸⁵³ Paris, 18 avril 2013, *Juris-Data* : n°008406. L'arrêt retient qu'« *il n'est pas établi en l'état d'un contrat d'une durée de 36 mois et d'un véhicule restitué au terme de 7 mois d'exécution du contrat, que le montant réclamé correspondant à 15 échéances (soit 6716 euros) empêche l'exercice effectif de cette faculté de résiliation et constitue pour le bailleur un avantage disproportionné et illégitime au regard des gains anticipés de la conduite à son terme du contrat* ».

⁸⁵⁴ Limoges, 13 février 2014, *Juris-Data* : n°003288 ; Paris T. Com., 27 novembre 2013, *Juris-Data* : n°034501 ; Notamment en matière de crédit-bail : Cass. Com., 5 juillet 1994 : *Bull. civ.* 1994, n°253 ; Cass. Com., 18 avril 2000, n°96-22.319 ; Cass. Com., 24 mai 2005, n°04-12.369. Une décision d'appel est allée plus loin en refusant la qualification de dédit lorsque le montant représente 90 pour cent du prix de vente : Toulouse, 28 avril 2010, *Juris-Data* : n°009172. Versailles, 25 avril 2013, *Juris-Data* : n°011210 ; Toulouse, 28 avril 2010, *Juris-Data* : n°009172. (La Cour a décidé que dès lors que le montant de la clause présente le 90 pour cent du prix qui aurait été payé, le montant de la sanction ne peut avoir pour objet de permettre à l'un des cocontractants de se dédire unilatéralement de ses engagements et apparaît en outre manifestement excessif).

montant élevé de la contrepartie⁸⁵⁵. Par conséquent, la matière est imprégnée d'un certain désordre.

199. Comparaison : la requalification en matière de promesse unilatérale de vente La requalification prospère notamment en matière de promesse de vente. Malgré quelques décisions isolées⁸⁵⁶, la jurisprudence admet normalement la requalification de la promesse unilatérale de vente lorsque le montant de l'indemnité d'immobilisation revêt un caractère excessif⁸⁵⁷. Une telle requalification est d'ailleurs souvent guidée par des considérations d'ordre fiscal⁸⁵⁸.

Sur le plan théorique, la requalification des clauses en fonction de l'importance du montant suscite des opinions controversées. Certains critiquent la solution au nom de la

⁸⁵⁵ Bordeaux, 24 octobre 2013, *Juris-Data* : n°030199 (Le contrat prévoit dans cas le paiement d'une indemnité égale à 100 % de la valeur de la moyenne mensuelle des copies effectuées depuis la date d'entrée en vigueur du contrat de service jusqu'à sa date de résiliation anticipée, multiplié par le nombre de mois restant à courir entre la date de résiliation et la date normale d'expiration du contrat); Limoges, 24 juin 2014, *N° de RG: 13/01396*, (une indemnité égale à 75 % de émoluments hors taxe à majorer de la TVA jusqu'au terme du contrat); Cass. Civ.2e, 13 juin 2013, n°12-21.300; Cass. Civ. 3° 26 février 2013, n°12-13.863; Paris, 26 janvier 2011, *Juris-Data* : n°011447. (En cas de résiliation anticipée par le client, ce dernier est tenu de payer une indemnité de résiliation égale aux redevances restant à courir jusqu'à l'expiration du contrat); Paris, 14 Mai 2008, *Juris-Data* : n°363845. (La clause, insérée dans un contrat à durée déterminée, permettant au locataire de dénoncer le contrat à tout moment moyennant le paiement d'une indemnité n'est pas une clause pénale, mais une clause de dédit, même si l'indemnité prévue est égale aux loyers restant à courir jusqu'à l'échéance contractuelle); Paris, 17 Janvier 2007, *Juris-Data* : n°338240. (loyers restant à courir jusqu'à l'échéance contractuelle); Versailles, 25 avril 2013, *Juris-Data* : n°011210.

⁸⁵⁶ Pour une illustration récente : Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010 : *Bull.civ.* 2010, I, n°252 ; *D.* 2012, p.459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; *Defrénois* 2011, p.378, obs. G. Champenois ; *Dr. et patrimoine*, juin 2011, p.73, obs. L. Aynès ; *JCP G* 2011, 481, note Y. Dagonne-Labbe ; *RDC.* 2011, p.420, obs. Y.-M. Laithier, et p.928, obs. S.Gaudemet ; *RTD civ.* 2011, p.346, obs. B. Fages, et p.379, obs. B. Vareille : « *Constitue une promesse unilatérale de vente le contrat par lequel le vendeur s'engage de manière ferme et définitive envers le candidat acquéreur qui dispose d'une option lui permettant dans l'avenir de donner ou non son consentement à la vente, sans que le versement d'un dépôt de garantie d'un montant presque égal au prix de la vente ne préjudicie à la qualification de cet acte* ». v. en ce sens, Rennes, 2^e ch. Com., 7 juin 2011 :RG n°11/00771; Amiens, 13 mai 2004 : *Juris-Data* : n°242666; Aix-end-Provence, 20 novembre 2008 RG n°08/11304.

⁸⁵⁷ Paris, 22 Octobre 1991 : *D.*1993. *Somm.* 234, obs. Paisant ; Versailles, 3 septembre 2009 : *Juris-Data* : n°279344 (70 % du prix de vente) ; Cass. 3^e civ., 26 septembre 2012, n°10-23912 ; *RTD civ.* 2012, 723 obs. Fages ; *RDC* 2013, 58, note Y.-M.Laithier ; Cass. Com., 20 novembre 1962 : *Bull.civ.*1962, IV, n°470 ; Cass. Com., 13 février 1978 : *Bull.civ.*1978, IV, n°60 ; Paris, 3 février 2005, *Juris-Data* : n°263583. (L'indemnité d'immobilisation égale à 10 pour cent du prix de vente n'est pas d'une importance telle qu'elle aurait contraint l'acquéreur d'acheter) ; Orléans, 7 juillet 1998, *Juris-Data* : n°045790 ; Orléans, 9 octobre 1997, *Juris-Data* : n°044514 ; Cass. com., 8 nov. 1972 : *Bull. civ.* 1972, IV, n° 280 ; Cass com. 9 novembre 1991 : *D.* 1972, 62 ; *JCP* 1972, II, 16962, note P. L ; Cass. Civ. 3^e, 16 novembre 1994, n°196 ; *D.*1995, *Somm.*279, obs. Magnin (une indemnité égale à 5 % du prix de vente) ; Montpellier, 13 avril 1989, *Juris-Data* : n°000351 (une indemnité d'immobilisation dont le montant est fixé à 15 pourcent du prix de vent pour un délai d'option d'un an n'est pas excessif) ; T. com. Paris, 26 mars 1991, *Juris-data* n°042691 (L'indemnité d'immobilisation égale à 18 pour cent du prix de cession de fonds de commerce n'est pas excessive) ; Paris, 4^e ch. B, 28 janvier 2005, *juris-data* : n°264527 (10 pour cent du prix de vente n'est pas excessif) ; Orléans, 9 octobre 1997, *Juris-Data* : n°044514 (11.61 pour cent n'est pas excessif) ; Paris, 1^{re} ch. A, 25 novembre 2002, *Juris-Data* : n°198896 (18 pour cent jugé trop supérieur aux usages) ; Angers, 24 octobre 2006, *Juris-data* : n°335679 (Le montant fixé de 10 pour cent du prix est habituel et ne présente aucun caractère excessif) ; Aix-en-provence, 25 octobre 2012, *Juris-data* : n°024314 (10 pour cent n'est pas excessif) ;

⁸⁵⁸ C'est ainsi que la requalification en matière de promesse de vente a pour objet, le plus souvent, d'échapper à la nullité édictée par l'article 1589-2 du Code civil. v. Djoudi, *Réc. Civ.*, v° Arrhes, *op.cit.*, n°23 ; *GAJC*, T.2, *op.cit.*, n°259, p.666 ; L. Boyer, *op.cit.*, n°19, p.60. Outre cette hypothèse, il se peut que le bénéficiaire trouve un autre intérêt de requalifier l'acte en promesse synallagmatique valant vente afin de contourner la jurisprudence néfaste sur la rétractation du promettant avant la levée d'option. (Cass. 3^e civ, 15 décembre 1993 : *Bull.civ.*1993, III, n°174 ; *D.*1994, 507, note Bénac-Schmidt ; *D.*1994. *Somm.* 230, obs. Tournafond ; *D.*1995. *Somm.* 87, obs. Aynès ; *JCP G* 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; *Defrénois* 1994. 795, obs. Delebeque. Cass. 3^e 11 mai 2011 : *Bull.civ.*2011, n°77 ; *D.*2011. 1475, note. Mazeaud ; *ibid.* 2011, 1460, note Mainguy ; *CCC* 2011, n° 185 note Leveneur ; *Defrénois* 2011. 1023, obs. Aynès ; *RTD civ.* 2011. 532, obs. Fages ; *CCC* 2011, n° 186, obs. Leveneur ; *RDC* 2011. 1133, obs. Laithier ; *ibid.* 1259, note Brun). Pour la solution rendue du 1^{er} décembre 2010 (Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010, *préc.*), on s'est demandé si cette solution n'était pas guidée par les enjeux familiaux en cause. V. Les observations de Y. Dagonne-Labbe, S.Gaudemet et de Y.-M. Laithier sous cet arrêt.

liberté contractuelle⁸⁵⁹, d'autres sont au contraire favorables pour cette vision plus réaliste des choses⁸⁶⁰.

c) *Appréciation critique sur la légitimité d'une interprétation restrictive de l'article 1152 du Code civil*

200. Approche subjective du critère de la distinction : une liberté concrète de repentir En commentant un arrêt rendu en la matière⁸⁶¹, monsieur Mazeaud a exprimé son regret : « *Certaines distinctions paraissent si limpides, sur un plan théorique, que l'on comprend mal pourquoi elles suscitent tant de difficultés en pratique et de confusions en jurisprudence* »⁸⁶². La réalité, c'est que cette distinction ne serait peut-être pas aussi limpide que prétend l'auteur.

201. La cause des arrhes D'abord, il y a lieu de revenir sur la cause du contrat d'arrhes. Selon la doctrine majoritaire, les arrhes se présentent comme la contrepartie de la faculté de repentir, c'est le prix de la liberté. L'observation est sans doute exacte, mais il faut être plus précis : la cause du dédit existe-t-elle dans l'existence même de la faculté, ou réside-t-elle plutôt dans l'exercice concret de celle-ci ? La transformation des arrhes en cas de commencement d'exécution plaide pour cette deuxième interprétation. Si la cause des arrhes réside dans l'existence d'une option à deux branches, la somme est due même si son bénéficiaire ne l'utilise pas. La renonciation ne nie pas l'existence d'un droit, mais en constitue un usage effectif. Par conséquent,

⁸⁵⁹ V. Par exemple, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op.cit.*, n°444, p.224 : « *l'indemnité est le prix de l'option consentie au bénéficiaire ; seule compte l'existence de cette option ; le juge n'en contrôle pas le prix : on peut accepter de payer cher un droit d'opter* ». O. Barret, *Réc. Civ.*, v° *Promesse de vente*, n°19 : « (...) ce n'est pas parce que la renonciation à acquérir est coûteuse que, juridiquement, le bénéficiaire est dépourvu de son droit d'option ». L. Boyer, *op.cit.*, n°19, p.61 : « (...) il est plus que malaisé de faire dépendre la qualification d'une convention d'une variation simplement quantitative. Sans doute, des éléments objectifs peuvent-ils être un indice de la réelle intention des parties et de la portée des engagements qu'elles ont entendu assumer ; mais, étant réservés ces cas où il y a place pour une raisonnable interprétation de la volonté commune, c'est un abus que de se fonder uniquement sur le montant d'une prestation pour dénaturer leur accord ; l'importance du prix accepté par le bénéficiaire de l'option traduit, certes, une intention bien marquée de réaliser l'opération mais une intention – même arrêtée – n'est pas engagement et le fait que, par avance, il a été consenti un considérable sacrifice pour le cas de non-aboutissement, ne saurait détruire, en droit, l'existence de cette liberté que les parties ont voulu précisément réserver ».

⁸⁶⁰ J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations : I. L'acte juridique, op.cit.*, n°149, p. 133 ; Y.-M. Laitier, *RDC*. 2011, 440 : « (...) si l'indemnité est très élevée par rapport à l'un et l'autre, le candidat acquéreur ne s'est certes pas engagé à acheter, au sens où il n'a pas exprimé de volonté en ce sens, mais qu'il est obligé d'acheter au regard de l'économie du contrat (c'est-à-dire du caractère objectivement factice de l'option). Cette obligation étant réciproque et corrélative à celle de vendre, la promesse doit être qualifiée de synallagmatique ». K. de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat, op.cit.*, n°105, p.85 : « clause de dédit et clause pénale ont pour objectif d'assurer l'exécution du contrat de vente ».

⁸⁶¹ Cass. Com., 2 avril 1996, n°94-13.433.

⁸⁶² *D.* 1996, p.329.

Les arrhes sont destinées à indemniser le cocontractant pour les dommages que lui cause la rupture anticipée du contrat. Si l'on retient une telle conception, la différence de la clause de dédit et la clause pénale deviendrait alors moins important que l'on ne le prétend.

Cela nous conduit à réfléchir sur une autre notion voisine qu'est l'indemnité d'immobilisation. En fait, selon une formule constante de la Cour de cassation, approuvée d'ailleurs par la quasi-totalité de la doctrine⁸⁶³, « *la clause par laquelle le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente s'engage, en cas de non-levée de l'option, à payer un dédit au promettant est valable, la cause de cet engagement résidant dans l'avantage que lui procure le promettant en s'interdisant de céder le bien objet de la promesse à une autre personne pendant un délai déterminé* »⁸⁶⁴. Cette thèse a évidemment son mérite dans un contexte historique, en ce qu'elle permet au promettant de conserver la somme en dépit de la non conclusion du contrat, ce que lui était interdit selon une jurisprudence antérieure⁸⁶⁵. Il n'empêche que cette nouvelle définition n'est en réalité pas exempte de critiques. Surtout, elle ne permet pas d'expliquer le sort d'indemnité en cas de levée d'option. La jurisprudence considère que l'indemnité s'impute, dans ce cas de figure, sur le prix de vente devenu désormais définitif⁸⁶⁶. Mais cette solution se heurte à l'analyse qu'elle fait de la cause de l'institution. Si l'indemnité d'immobilisation est destinée à rémunérer le promettant pour l'immobilisation de son bien pendant une période déterminée, son sort ne devrait pas dépendre du résultat de l'option : le service est rendu, peu importe le destin du contrat projeté. À la limite, on pourrait éventuellement autoriser une révision du montant de l'indemnité au cas où la levée d'option intervient avant l'expiration du délai convenu⁸⁶⁷. Mais en aucun cas, cette somme ne pourrait s'imputer purement et simplement sur le prix de vente. D'où la nécessité de renouveler l'analyse : la cause de l'indemnité d'immobilisation, ne résiderait sans doute pas dans le service rendu par le promettant. Cette somme vise en revanche à réparer le dommage causé par l'abandon du contrat de vente projetée. Si on suit une telle analyse, la différence de cette clause avec la clause pénale est en réalité négligeable.

⁸⁶³ Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux, préc.*, n°122, pp.77-78 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil : Les obligations, préc.*, n°192, p.211 ; J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, *Les principaux contrats spéciaux, préc.*, n°11513, p.426.

⁸⁶⁴ Cass., sect. Com., 23 juin 1958, D.1958.581, note Malaurie. *GAJC*, t.2, 12^e édition, *op.cit.*, n°259.

⁸⁶⁵ Orléans, 21 janvier 1948, *JCP* 1948, II, 4388, note E. Becqué, *RTD.civ.* 1948.350, obs. Carbonnier ; 5 Janvier 1949, *D.* 1949. 501, note H.L., *JCP* 1949, II, 4912, obs. Voirin.

⁸⁶⁶ Cass. Com., 7 novembre 2006, n°05-12.768.

⁸⁶⁷ Dans ce sens, A. De Bissy, « L'indemnité d'immobilisation », *RDI.* 2000, p.289, n°57 ; K. de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat, op.cit.*, n°96 et s., p.78 et s.

202. Les deux interprétations possibles de la liberté de rompre Ensuite, les termes employés par la doctrine – la pression, la contrainte, l'effet comminatoire, *etc.* – demeurent assez vagues, qui peuvent être interprétés de manières différentes.

Une approche réaliste veut que le montant des arrhes ne rend pas illusoire l'existence de la faculté de dédit. C'est cette vision subjective de contrainte qui a permis à la jurisprudence de développer un contentieux abondant sur le terrain de la requalification.

Une approche juridique ou objective de contrainte est aussi concevable. Dans cette perspective, l'effet libératoire des arrhes est préservé lorsque l'exercice du dédit exclut toute autre sanction supplémentaire. Les dommages-intérêts sont écartés⁸⁶⁸ et, c'est là un point essentiel, la réalisation forcée du contrat est exclue. La clause pénale, au contraire, ne prive pas le créancier de son droit d'obtenir la prestation qui lui a été promise.

Ce critère est parfois mentionné par les auteurs⁸⁶⁹, et on trouve d'ailleurs certaines décisions allant dans ce sens⁸⁷⁰. Il n'en reste pas moins que jusqu'à maintenant, l'accent n'a pas été suffisamment mis sur ce point, de sorte que certaines décisions aient retenu la qualification du dédit alors même que la possibilité de l'exécution forcée n'est pas exclue⁸⁷¹.

Les deux approches présentent des mérites et des inconvénients. L'approche subjective évite des solutions injustes et garantit une liberté effective de repentir. Mais le défaut de ce raisonnement est aussi évident. Comme l'a bien illustré la jurisprudence en la matière, il est délicat de tracer une frontière claire entre les arrhes qui compromettent la faculté de dédit et celles qui ne le font pas. L'avantage de l'approche juridique, c'est précisément une plus grande prévisibilité des solutions. Mais elle risque d'engendrer des conséquences injustes dans certaines circonstances.

⁸⁶⁸ Paris, 17 mars 2000, *Juris-Data* : n°119767. Paris, 13 mars 2013, *Juris-Data* : n°004471. Dans cette deuxième espèce, les juges ont trouvé une autre clause, à côté de la clause litigieuse, visant à sanctionner la non réalisation de la vente, qui leur permet d'écarter la qualification du dédit.

⁸⁶⁹ D. Mazeaud, *op.cit.*, n°315- 316, p.173.

⁸⁷⁰ Metz, 21 octobre 2003, *Juris-Data* : n°226534 ; Metz, 4 juin 2003, *Juris-Data* : n°226392 ; Paris, 17 mars 2000, *Juris-Data* : n°119767 ; Metz, 27 Mars 1997, *Juris-Data* : n°057289. Pour une illustration récente, Cass. Civ. 3^e, 20 mai 2014, n°13-13.764. En l'espèce, au sein d'un compromis, une clause dite « clause pénale » en page 12, prévoyait que : « si l'une des parties ne veut ou ne peut réitérer le présent acte par acte authentique bien que les conditions suspensives soient réalisées, elle sera redevable envers l'autre, à titre de clause pénale, d'une indemnité d'ores et déjà fixée à quinze mille euros » et que : « sous réserve du versement de cette somme par la partie défaillante, l'autre partie renonce d'ores et déjà à tout autre recours ». Cette clause a fait l'objet d'une requalification en clause de dédit malgré le nom donné par les parties.

⁸⁷¹ Colmar, 7 mars 2002, *Juris-Data* : n°183180. Qui décide qu'une clause infligeant une sanction tout en permettant de poursuivre l'exécution de l'obligation doit être analysée comme une clause pénale, en ce qu'elle est destinée à assurer le respect des obligations du contrat. Dans le même sens, Colmar, 11 janvier 2007, *Juris-Data* : n°337664.

203. Le compromis : une distinction entre l'obligation de nature et l'obligation de somme d'argent Pour arriver à une solution équitable, il nous paraît nécessaire de faire une distinction entre l'obligation monétaire d'une part, et l'obligation en nature de l'autre.

Nous pouvons raisonner à partir d'une hypothèse classique de promesse synallagmatique de vente avec des arrhes-dédit au profit des deux parties. Supposons ensuite que leur montant est manifestement excessif. Dès lors, condamner l'acquéreur qui abandonne la vente projetée à payer une somme quasi-identique au prix du bien, cela constitue de fait une exécution forcée de son obligation pécuniaire. Pire, l'acquéreur n'a aucun droit sur le bien, à cause de l'exercice de sa propre liberté. La solution est sans doute injuste. Les choses se présentent différemment du côté du vendeur, c'est-à-dire celui qui est tenu d'une obligation en nature. Grâce à la faculté de dédit, ce dernier se réserve la possibilité de ne pas vendre la chose en restituant le double du dédit. La conservation du bien peut lui paraître le cas échéant si importante qu'il préfère subir une conséquence pécuniaire, quel qu'en soit le montant⁸⁷². Dès lors, il serait injuste de priver le vendeur de sa liberté au motif que le montant du dédit est tel qu'il n'est plus libre d'exercer son choix. Dans cette hypothèse, la restitution au double des arrhes ne constitue jamais une exécution forcée en nature.

En résumé, la révision du dédit devrait recevoir des réponses différentes selon le type d'obligation qui est en jeu.

204. La difficulté liée au caractère bilatéral du dédit Si cette proposition s'applique sans grande difficulté aux clauses de dédit unilatérales, elle pose néanmoins une difficulté en présence des arrhes-dédit qui ont un caractère bilatéral. Devrait-on admettre la révision pour l'une et la refuser pour l'autre ? Cette différence de traitement ne porterait-elle pas atteinte à la volonté des parties ? La réponse à ces interrogations n'est pas aisée.

205. Un éventuel emprunt de la solution chinoise Vu toutes ces difficultés suscitées par le contrôle des arrhes excessives, on peut se demander s'il n'est pas souhaitable de consacrer en droit français une solution comparable à celle du droit

⁸⁷² Les raisons peuvent être multiples : une autre proposition de prix d'achat beaucoup plus avantageux, ou un simple désir de préserver la chose.

chinois. L'instauration d'un plafond légal en la matière serait la solution la plus simple à adopter.

*
* *

206. Conclusion du Chapitre II L'efficacité de la fonction juridique dépend du mécanisme d'arrhes. Pour s'en convaincre, il suffit de raisonner sur le montant stipulé. Celui-ci a une incidence importante sur la réalité des fonctions libératoires ou comminatoires des arrhes. Ce qui impose un contrôle juridique à son encontre.

Ce contrôle est simple en droit chinois. En effet, ce dernier adopte un système de plafond légal maximal pour le montant des arrhes auquel la stipulation contractuelle ne peut pas déroger.

Les solutions en droit français sont à la fois complexes et incertaines. La question ne se pose que rarement à l'encontre des arrhes dérisoires. Cela s'explique sans doute par la réticence de la doctrine à condamner le dédit gratuit. Pour les arrhes excessives, deux voies sont concevables sur le plan théorique : la réduction de la somme au stade de la conclusion du contrat, ou la révision de la clause en se fondant sur l'article 1152 du Code civil. Mais ces deux solutions se heurtent à de nombreux obstacles théoriques et pratiques, de sorte que le contrôle juridique du montant excessif des arrhes-dédit engendre une grande incertitude en droit français.

207. Conclusion du Titre II Deux composantes distinctes, le mécanisme des arrhes et leurs fonctions juridiques sont en même temps étroitement liés. Leur interaction se traduit de deux manières.

D'une part, les fonctions juridiques exercent une influence sur le rôle joué du mécanisme. Concrètement, ce rôle est actif en cas des arrhes comminatoires. Dans une telle hypothèse, le mécanisme participe à réaliser l'effet incitatif de la convention. Tout autre est la fonction libératoire, pour laquelle le mécanisme des arrhes n'a qu'un rôle passif : il ne fait que garantir la validité de la faculté de dédit, que ce soit en droit commun (écarter le grief de la potestativité) ou en droit de la consommation

(échapper à la théorie des clauses abusives). Cette différence de rôle fait que le mécanisme des arrhes ne présente pas la même importance dans les deux systèmes juridiques.

D'autre part, l'efficacité de la fonction juridique dépend aussi du mécanisme emprunté. À titre d'exemple, nous avons examiné le cas du montant des arrhes. Cet élément est déterminant pour la réalisation effective des fonctions juridiques (comminatoire et libératoire). D'où la nécessité d'un contrôle juridique à son encontre. Ce contrôle se réalise de manière simple en droit chinois par le biais d'un plafond légal. Le droit français, au contraire, éprouve certaines difficultés pour traiter le montant excessif des arrhes. Sa réduction heurte à des difficultés théoriques et pratiques. À cela s'ajoute la réticence des tribunaux à réviser les arrhes disproportionnées selon les modalités prévues par l'article 1152 du Code civil, même si cette révision est parfois réalisée par le moyen indirect de la requalification.

208. Conclusion de la Première partie Lorsque l'on cherche à donner une définition aux arrhes valable pour le droit français et le droit chinois, l'idée que cette clause comporte deux éléments est déjà apparue. Toute la première partie de notre étude porte sur la relation qu'entretiennent le mécanisme des arrhes et leurs fonctions juridiques. En résumé, les deux composantes des arrhes se présentent comme à la fois distinctes et interdépendantes.

Le mécanisme et la fonction sont deux composantes distinctes de la convention d'arrhes. Ce point est éclairé par une comparaison franco-chinoise : tandis que les deux systèmes juridiques connaissent le même mécanisme, les fonctions juridiques des arrhes s'éloignent considérablement. L'unité du mécanisme, à savoir le caractère réel de la convention, la technique de perte ou de double restitution de la somme, nous permet de trouver un tronc commun de la convention d'arrhes pour les deux pays. Mais c'est surtout la divergence fonctionnelle qui a retenu notre attention. La divergence concerne d'abord la fonction libératoire des arrhes. Même si on retrouve cette fonction dans les deux pays, les arrhes-dédit en droit français et les arrhes-résolution en droit chinois présentent des différences marquées, qui concernent à la fois leur domaine d'intervention et leurs effets libératoires. Plus radicalement, les arrhes en droit chinois jouent principalement une fonction comminatoire (les arrhes-promesse pour la période précontractuelle, et les arrhes-exécution au cours

d'exécution), fonction qui est absente pour les arrhes en droit français. Ces différences méritent sans doute des explications. La réponse n'est sans doute pas aisée, et il faut prendre compte de multiples facteurs. Il y a d'abord des explications d'ordre juridique. Le droit chinois retient une vision du contrat qui est différent de celle du droit français. On propose de le qualifier comme contrat-relation, par opposition au contrat-source en droit français. Le rôle de la volonté est moins important dans le droit chinois, et ce dernier ignore en outre la distinction de formation et d'exécution du contrat. Ce faisant, il est peu probable que le droit chinois développe une fonction de dédit telle qu'il est instauré en droit français. Ensuite, la fonction des arrhes est aussi commandée par le besoin d'un ordre juridique déterminé. Dans un pays comme la France, où l'intangibilité de la convention se présente comme une valeur quasi-absolue, la faculté de dédit est utile pour donner au contrat une dose de souplesse. En revanche, le droit chinois se caractérise par sa plus grande souplesse, et il y a déjà plusieurs moyens permettant aux parties de mettre fin au contrat. D'où la nécessité de renforcer la sécurité juridique en Chine. À cela s'ajoutent des explications historiques et culturelles. La notion traditionnelle du contrat en Chine était peu compatible avec l'idée de dédit, et la façon de distinguer les choses de manière catégorique semble étrangère à l'esprit des Chinois de l'époque.

Le mécanisme et la fonction sont en même temps deux composantes liées. D'une part, la fonction des arrhes détermine le rôle joué par le mécanisme. Ce rôle est crucial en présence d'une fonction comminatoire, car c'est le mécanisme des arrhes qui la réalise : avec l'éventuelle pénalité des arrhes, la convention crée une pression. Cette pression pèse sur les deux parties grâce au caractère bilatéral du mécanisme. Or, le rôle du mécanisme des arrhes est purement passif devant une fonction libératoire, il ne fait que garantir la validité de la faculté contre le grief de la potestativité en droit commun (même si la validité du dédit gratuit est défendue par une grande partie de la doctrine), ou la qualification de la clause abusive en droit de la consommation. La différence du rôle conduit à une conséquence importante : le mécanisme des arrhes est le seul moyen concevable pour qu'une somme d'argent versée d'avance produise un effet comminatoire. En revanche, la convention d'arrhes-dédit n'a pas ce monopole sur la fonction libératoire, elle n'est qu'une modalité particulière de la clause de dédit, dont la qualification se fonde principalement sur la recherche d'une commune intention des parties. De l'autre côté, l'efficacité de la fonction juridique dépend largement du mécanisme sur lequel elle s'appuie. L'un des éléments de ce mécanisme,

à savoir le montant des arrhes, a une importance de premier rang, qui mérite d'être souligné. Un contrôle à son encontre est nécessaire pour assurer la réalité des fonctions juridiques, comminatoire ou libératoire. Ce contrôle se réalise facilement en droit chinois, par un système de plafond légal maximal. Le contrôle du montant excessif du dédit heurte néanmoins à de nombreuses difficultés à la fois théoriques et pratiques en droit français.

L'étude des arrhes nous montre la possibilité pour une même institution de remplir une pluralité des fonctions juridiques. Certaines fonctions sont en effet inhérentes à la technique juridique employée, en ce sens que les éléments de ladite technique sont destinés à la réalisation de la fonction déterminée. C'est le cas du jeu des arrhes et la fonction comminatoire. Les deux entretiennent une relation presque naturelle. Mais cette relation peut aussi être artificielle ou accidentelle, comme le cas des arrhes-débit. Car la fonction de repentir ne commande ni la bilatéralité ni l'onérosité de la clause. Il nous semble que plus le lien entre le mécanisme et la fonction est naturel, plus l'institution a la chance de prospérer. En revanche, l'attachement fragile entre le mécanisme des arrhes et la fonction de repentir fait que la convention d'arrhes-débit est moins pratiquée dans la vie juridique française. L'institution suscite en outre des difficultés théoriques redoutables.

Deuxième Partie : Approche dynamique – La mise en œuvre de la convention d'arrhes

209. La convention d'arrhes produit des effets dynamiques pour les parties (Titre II). D'où la nécessité d'effectuer un contrôle juridique lors de sa mise en œuvre (Titre I).

TITRE I LE CONTRÔLE JURIDIQUE DE LA CONVENTION

D'ARRHES LORS DE SA MISE EN ŒUVRE

210. Plan Le contrôle juridique du jeu des arrhes peut emprunter deux moyens différents. En effet, celui-ci peut se situer en amont via l'énumération des conditions requises pour la mise en œuvre de la clause; ou en aval, en prévenant l'usage abusif de la convention. Ces deux moyens correspondent à la dualité d'objets du contrôle en la matière : le mécanisme des arrhes et les fonctions juridiques.

Pour les arrhes comminatoires, le contrôle de la fonction se confond avec celui du mécanisme, puisque ce dernier participe à réaliser l'effet incitatif de la convention⁸⁷³. Le contrôle en amont suffit dans une telle hypothèse. Au contraire, dans les arrhes libératoires, le mécanisme ne fait qu'accompagner une faculté autonome⁸⁷⁴. Dans ce dernier cas de figure, le contrôle en amont se dédouble du contrôle en aval.

Nous étudierons d'abord les conditions d'admission du jeu des arrhes (Chapitre I), et ensuite l'exercice du jeu des arrhes (Chapitre II).

⁸⁷³ V., *supra.*, n°139 et s.

⁸⁷⁴ V., *supra.*, n°145 et s.

Chapitre I Les conditions d'admission du jeu des arrhes

211. Ce contrôle existe aussi bien pour les arrhes comminatoires (Section I) que pour les arrhes libératoires (Section II). Dans ces deux cas, ce sont les conséquences financières qui se trouvent visées par ce contrôle.

Section I Les conditions d'admission des arrhes comminatoires

Les conditions d'admission du jeu des arrhes dépendent de leur nature, selon qu'il s'agit des arrhes-exécution (§1) ou des arrhes-promesse (§2).

§1 Les arrhes-exécution en droit chinois

212. Les arrhes-exécution ont vocation à intervenir en cas d'inexécution contractuelle⁸⁷⁵. Or, toute inexécution ne suffit pas pour la mise en œuvre de la convention. En effet, il faut que l'inexécution présente certains caractères particuliers. On invoquera ces conditions requises pour l'inexécution (A) avant d'exclure certaines conditions indifférentes (B).

⁸⁷⁵ Tribunal intermédiaire de Shaoyang, Hunan, 20 février 2012, référence : CLI.C.884629; Tribunal de base de Xiang'an, Fujian, 20 juin 2013, référence : CLI.C.1758268; Tribunal supérieur de Yuunan, 21 mai 2013, référence : CLI.C.1435916;

A Conditions requises pour l'inexécution

213. La loi exige que l'inexécution entraîne la défaillance du but contractuel (1). La jurisprudence semble en ajouter une autre : l'inexécution doit aussi être unilatérale (2).

1. L'inexécution entraînant la défaillance du but contractuel

214. En premier lieu, il est nécessaire de comprendre la notion de « *défaillance du but contractuel* » (a) pour ensuite identifier les manquements ayant pour effet de faire défaillir le but contractuel (b).

a) La notion de « défaillance du but contractuel »

215. Le but contractuel : une notion centrale en droit chinois Le but contractuel assume diverses fonctions en droit chinois des contrats. C'est tout d'abord un élément à prendre en compte dans l'interprétation des conventions⁸⁷⁶. Il permet ensuite aux juges de combler les lacunes laissées par les parties lors de la conclusion du contrat⁸⁷⁷. Le but illicite constitue d'ailleurs une cause de nullité du contrat⁸⁷⁸. Enfin, le but contractuel est un élément déterminant pour la résolution du contrat : que ce soit pour une cause objective comme l'imprévision⁸⁷⁹ et la force majeure⁸⁸⁰, ou pour la résolution pour inexécution⁸⁸¹, le droit chinois exige que l'événement est tel qu'il empêche la réalisation du but contractuel.

⁸⁷⁶ Article 125 de la *LCC*. Tribunal supérieur de Hainan, 13 décembre 2013, référence : CLI.C.2437547; Tribunal intermédiaire de Yiyang, Hunan, 6 mars 2013, référence : CLI.C.1755001; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 18 décembre 2013, référence : CLI.C.1421310; Tribunal supérieur de Heilongjiang, 3 décembre 2012, référence : CLI.C.1431376.

⁸⁷⁷ Article 62 de la *LCC*. *CPS*, 12 septembre 2013, référence : CLI.C.1786241.

⁸⁷⁸ Article 52 de la *LCC*.

⁸⁷⁹ Article 26 de L'interprétation judiciaire de la *LCC* (2009)

⁸⁸⁰ Article 94, n°1

⁸⁸¹ Article 94, n°4.

216. Le but contractuel : une notion à contenu variable Malgré son importance pratique, le sens exact de cette notion est difficile à dégager. Nous constatons d'ailleurs que le but contractuel n'attire guère d'attention des juristes chinois. Cette indifférence doctrinale s'explique sans doute par la terminologie banale qu'utilise le législateur. Le mot '目的' (mudi) n'est pas un terme juridique, il est emprunté de la langage courante.

On constate que le but contractuel n'a pas toujours le même sens dans les différentes circonstances. Parfois, il renvoie à la contrepartie attendue d'un des contractants : l'acquisition du bien pour l'acheteur, l'obtention du loyer pour le bailleur⁸⁸², *etc.* Parfois, le but du contrat se rapproche des mobiles qui incitent aux parties de contracter. Outre le cas du mobile illicite, ce mobile doit entrer dans le champs contractuel pour être efficace⁸⁸³.

Un rapprochement peut être fait avec la notion de 'cause' que connaît le droit français. Mais la parenté n'est pas absolue. Le but contractuel est moins conceptualisé en droit chinois, de sorte qu'il présente une plus large flexibilité par rapport à la notion de cause. Surtout, le rôle que jouent les deux notions ne sont pas identique. La cause joue sa fonction principale au stade de la formation du contrat, tandis que le but contractuel, comme nous l'avons vu, a un champs d'intervention beaucoup plus vaste.

217. La défaillance du but contractuel : deux conceptions concevables La mise en œuvre des arrhes-exécution suppose la défaillance du but contractuel. Là encore, la notion de 'défaillance' n'a pas toujours le même sens dans les différentes hypothèses. En résumé, cette notion est susceptible de deux interprétations.

Dans son interprétation objective, la défaillance signifie une impossibilité absolue de la réalisation du but contractuel dans l'avenir. L'origine d'une telle impossibilité importe peu : il peut s'agir d'un événement ayant le caractère d'une force majeure⁸⁸⁴, mais elle peut aussi être la conséquence d'un manquement contractuel⁸⁸⁵.

⁸⁸² Tribunal de base de Enping, Guangdong, 18 novembre 2013, référence : CLI.C.2111585.

⁸⁸³ Cette exigence est implicite dans les décisions rendues en matière de résolution.

⁸⁸⁴ V. *supra.*, n°116 et s.

⁸⁸⁵ Tribunal supérieur de Hainan, 12 décembre 2013, référence : CLI.C.2437876; Tribunal de base de Chengqu, Guangdong, 12 décembre 2013, référence : CLI.C.2422925; Tribunal de base de Huangpu, Shanghai, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2389773; Tribunal de base de Jiangning, Jiangsu, 30 novembre 2013, référence : CLI.C.2137675; Tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong, 26 novembre 2013, référence : CLI.C.2225740; Tribunal de base de Xinpu, Jiangsu, 21 septembre 2013, référence : CLI.C.2151007; Tribunal supérieur de Shandong, 17 septembre 2013, référence : CLI.C.222259; Tribunal de base de Yiwu, Zhejiang, 9 août 2013, référence : CLI.C.2306444; Tribunal de base de Hailing, Jiangsu, 18 janvier 2013, référence : CLI.C.2037062; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 10 septembre 2009, référence : CLI.C.1145878; Tribunal intermédiaire de Shaoyang, Hunan, 16 août 2012, référence : CLI.C.889343; CPS, 9 novembre 2011, référence : CLI.C.1776962; CPS, 29 décembre 2009, référence : CLI.C.3439253; Tribunal intermédiaire de Changsha, Hunan, 15 octobre 2014, référence : CLI.C.3469197; Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 19 septembre 2014, référence : CLI.C.3386149; Deuxième tribunal intermédiaire de Tianjin, 11 septembre 2014, référence : CLI.C.3331546;

À l'instar de cette conception objective, existe une conception subjective du but contractuel, dans des cas où l'exécution du contrat demeure matériellement possible. Dans cette perspective, le but contractuel n'est pas défailli dans l'absolu, il l'est néanmoins aux yeux du contractant qui fait la demande de résolution⁸⁸⁶. La justification de cette rupture est variable : le résultat économique manifestement injuste pour l'une des parties⁸⁸⁷, ou un manquement grave du débiteur à son obligation.

b) *Les manquements ayant pour effet de faire défaillir le but contractuel*

218. Une inexécution entraînant la défaillance du but contractuel Pour que le jeu des arrhes trouve à s'appliquer, la défaillance du but contractuel doit résulter d'une inexécution. La doctrine le désigne sous le nom de « *l'inexécution essentielle* » (根本违约). L'examen des textes légaux et des décisions judiciaires fait apparaître deux critères pertinents pour identifier une inexécution essentielle : l'un tient à l'importance du préjudice causé par l'inexécution, l'autre est lié à la gravité de la faute contractuelle.

219. La gravité de la conséquence de l'inexécution Il arrive que l'inexécution soit telle qu'elle prive l'exécution du contrat de tout intérêt pour le créancier : l'impossibilité d'exercer l'activité économique dans les locaux loués⁸⁸⁸, l'impossibilité pour l'acheteur d'effectuer la revente avec une tierce personne⁸⁸⁹, *etc.* La nature de l'obligation importe peu : la violation d'une obligation accessoire peut suffire à faire

Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 septembre 2014, référence : CLI.C.3435273; Tribunal supérieur de Qinghai, 10 septembre 2014, référence : CLI.C.3368066; Tribunal intermédiaire de Nanjing, 4 septembre 2014, référence : CLI.C.3310559; Tribunal intermédiaire de Chenzhou, Hunan, 13 août 2014, référence : CLI.C.3255138; Tribunal intermédiaire de Huhehaote, Neimenggu, 6 août 2014, référence : CLI.C.3403263; Tribunal intermédiaire de Chuzhou, Anhui, 17 juillet 2014, référence : CLI.C.3263203; Deuxième tribunal intermédiaire de Pékin, 15 juillet 2014, référence : CLI.C.3251183; Tribunal de base de Qimen, Anhui, 9 décembre 2013, référence : CLI.C.2352023; Tribunal supérieur de Anhui, 29 novembre 2012, référence : CLI.C.1499706.

⁸⁸⁶ Selon nous, c'est seulement dans ce cas de figure que l'on peut identifier un droit à la résolution. Car ce droit suppose une option à deux branches : soit la rupture, soit le maintien du contrat.

⁸⁸⁷ C'est le cas de la résolution pour imprévision.

⁸⁸⁸ Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 17 décembre 2013, référence : CLI.C.2143514; Tribunal de Linqing, Shandong, 16 décembre 2012, référence : CLI.C.2413411; Tribunal de base de Zhongyuan, Henan, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2205690; Tribunal de base de Siming, Fujian, 17 juillet 2013, référence : CLI.C.2021883; Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 19 mars 2013, référence : CLI.C.1414880; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 janvier 2013, référence : CLI.C.1347949; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 10 septembre 2012, référence : CLI.C.1811982; Tribunal intermédiaire de Taian, Shandong, 17 juillet 2014, référence : CLI.C.3313001.

⁸⁸⁹ Tribunal de base de Wucheng, Zhejiang, 7 novembre 2013, référence : CLI.C.2326303; Tribunal supérieur de Yunnan, 26 février 2013, référence : CLI.C.1436251; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 28 septembre 2012, référence : CLI.C.1424507; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 4 août 2014, référence : CLI.C.3253361.

défaillir le but contractuel⁸⁹⁰. Le simple retard dans l'exécution peut constituer un cas d'inexécution essentielle si la dimension temps présente un intérêt particulier pour le créancier⁸⁹¹. En revanche, si le maintien du contrat présente encore un intérêt économique indéniable pour les deux parties⁸⁹², le juge refuse le plus souvent de qualifier l'inexécution comme essentielle. Ainsi, en matière d'exécution défectueuse, en dehors des hypothèses où cette défectuosité est insusceptible de réparation⁸⁹³ et sauf les prévisions contractuelles contraires⁸⁹⁴, les juges semblent préférer donner au débiteur une deuxième chance afin de corriger le défaut dans l'exécution⁸⁹⁵, même si le texte ne pose pas une hiérarchie entre les différents remèdes, contrairement à la solution actuelle du droit français⁸⁹⁶. En revanche, la défaillance du but contractuel est caractérisée lorsque la non-conformité de la prestation perdure après plusieurs tentatives de réparation⁸⁹⁷.

⁸⁹⁰ Tribunal de base de Luolong, Henan, 2 décembre 2013, référence : CLI.C.2394322; Tribunal de base de Gulou, Jiangsu, 27 mai 2013, référence : CLI.C.1788255; Tribunal de base de wujin, Jiangsu, 1 août 2013, référence : CLI.C.1775370; Tribunal intermédiaire de Quzhou, Zhejiang, 28 octobre 2013, référence : CLI.C.2108975;

⁸⁹¹ Tribunal de base de Changning, Shanghai, 13 août 2013, référence : CLI.C.2164185 (la livraison tardive de la robe du mariage); Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 8 juillet 2013, référence : CLI.C.2215588 (espérance légitime de commencer l'activité commerciale dans un bref délai); Tribunal de base de Yangpu, 23 août 2013, référence : CLI.C.1954341; Tribunal intermédiaire de Jiangmen, Guangdong, 29 septembre 2013, référence : CLI.C.2144400; Tribunal de base de Jingkou, Jiangsu, 11 septembre 2001, référence : CLI.C.88519. Les parties ont fixée dans leur contrat la période dans laquelle la livraison devrait être effectuée. Tribunal supérieur de Hubei, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2117895. À cause du retard, le local objet de la vente ne pouvait plus être utilisée pour l'exploitation commerciale; Tribunal intermédiaire de Xinyang, Henan, 1 août 2013, référence : CLI.C.1961163.

⁸⁹² Tribunal de base de Beitang, Jiangsu, 9 décembre 2013, référence : CLI.C.2215177; CPS, 28 novembre 2013, référence : CLI.C.2227941. Tribunal de base de Xiangtang, Guangxi, 20 novembre 2013, référence : CLI.C.2317669; Tribunal de base de Wolong, Henan, 14 octobre 2013, référence : CLI.C.2236828; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 6 août 2013, référence : CLI.C.1953384; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 juillet 2013, référence : CLI.C.1974246; Tribunal supérieur de Zhejiang, 14 avril 2013, référence : CLI.C.1772028; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 27 janvier 2013, référence : CLI.C.1474659; Tribunal intermédiaire de Zhoushan, Zhejiang, 17 janvier 2013, référence : CLI.C.1415579; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 16 novembre 2012, référence : CLI.C.1332816; Tribunal intermédiaire de Liuzhou, Guangxi, 12 novembre 2012, référence : CLI.C.1170052; Tribunal intermédiaire de Xiamen, Fujian, 6 août 2014, référence : CLI.C.3388503;

⁸⁹³ Tribunal intermédiaire de Anyang, Henan, 28 juin 2010, référence : CLI.C.740841 ; Tribunal intermédiaire de Xuchang, Henan, 31 octobre 2011, référence : CLI.C.645103 ; Tribunal supérieur de Yunnan, 19 décembre 2013, référence : CLI.C.2214838; Tribunal de base de Zhongyuan, Henan, 20 novembre 2013, référence : CLI.C.2208057; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 29 mai 2013, référence : CLI.C.1993424; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 29 décembre 2008, référence : CLI.C.361176; Tribunal intermédiaire de Guigang, Guangxi, 21 juillet 2014, référence : CLI.C.3422569;

⁸⁹⁴ Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 14 mai 2013, référence : CLI.C.1757811 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 25 octobre 2012, référence : CLI.C.1409500.

⁸⁹⁵ Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 17 février 2012, référence : CLI.C.880929 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 juin 2009, référence : CLI.C.203208 ; Tribunal intermédiaire de Shantou, Guangdong, 12 février 2014, référence : CLI.C.2433793; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 22 juin 2013, référence : CLI.C.1986873; Quatre tribunal intermédiaire de Chongqing, 30 janvier 2013, référence : CLI.C.1445783; Tribunal intermédiaire de Changchun, Jilin, 9 octobre 2014, référence : CLI.C.3536074; Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 17 septembre 2014, référence : CLI.C.3367800; Tribunal intermédiaire de Wuxi, Jiangsu, 2 septembre 2014, référence : CLI.C.3344492;

⁸⁹⁶ Les articles L.211-9 et L.211-10 du Code de la consommation.

⁸⁹⁷ Référence : CLI.C.1765281 ; Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 12 septembre 2013, référence : CLI.C.1791926 ; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 13 novembre 2012, référence : CLI.C.1417032 ; Tribunal intermédiaire de Hengyang, 4 juillet 2012, référence : CLI.C.1227668 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 2 février 2011, référence : CLI.C.351625 ; Tribunal supérieur de Anhui, 12 mai 2009, référence : CLI.C.193800 ; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 15 avril 2013, référence : CLI.C.1999005 ; Tribunal de base de Cixi, Zhejiang, 20 novembre 2013, référence : CLI.C.2222995; Tribunal intermédiaire de Xining, Qinghai, 6 novembre 2013, référence : CLI.C.2226687; Tribunal de base de Dongguan, Guangdong, 19 août 2013, référence : CLI.C.2112195; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Jiangsu, 25 juillet 2013, référence : CLI.C.2028214; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 22 juillet 2013, référence : CLI.C.1974246; Tribunal intermédiaire de Wuxi, Jiangsu, 8 juillet 2013, référence : CLI.C.2084285; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 24 mai 2013, référence : CLI.C.2085771; Tribunal supérieur de Henan, 13 mai 2013, référence : CLI.C.1972930; Tribunal intermédiaire de Wuxi, Jiangsu, 14 mars 2013, référence : CLI.C.2089089; Premier

220. Le comportement critiquable du débiteur Dans certaines circonstances, la défaillance du but contractuel est déduite de l'attitude du débiteur défaillant.

En premier lieu, si le débiteur a manifesté sa volonté de ne plus exécuter le contrat, le créancier peut y mettre fin de manière unilatérale, même si l'exécution forcée demeure possible. Cette volonté du débiteur peut être explicite⁸⁹⁸, mais elle peut aussi résulter de son comportement⁸⁹⁹.

Dans un moindre degré, le débiteur peut être passif dans l'exécution des ses obligations. Il arrive que celui-ci n'exécute pas le contrat à l'échéance du terme prévu. Sauf les cas exceptionnels où le délai d'exécution constitue un élément essentiel du contrat, un simple retard dans l'exécution est jugé insuffisant pour caractériser la défaillance du but contractuel⁹⁰⁰. La loi impose au créancier insatisfait de mettre en demeure son débiteur⁹⁰¹. Le créancier ne peut résoudre le contrat que si l'inertie du

tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 décembre 2012, référence : CLI.C.1352151; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 5 novembre 2012, référence : CLI.C.2095062; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 19 octobre 2012, référence : CLI.C.885430; Tribunal supérieur de Zhejiang, 29 août 2012, référence : CLI.C.1779647;

⁸⁹⁸ Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 6 décembre 2013, référence : CLI.C.2214029; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 9 septembre 2013, référence : CLI.C.1801517; Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 6 août 2013, référence : CLI.C.2028008; Tribunal de base de Jiangning, Jiangsu, 23 mai 2013, référence : CLI.C.1788210; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 15 avril 2013, référence : CLI.C.1874108; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 12 avril 2013, référence : CLI.C.1776423;

⁸⁹⁹ Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2198013; Tribunal intermédiaire de Jiaozuo, Henan, 19 décembre 2013, référence : CLI.C.2205781; Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 4 décembre 2013, référence : CLI.C.2212504; CPS, 25 novembre 2013, référence : CLI.C.2228388; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 19 novembre 2013, référence : CLI.C.2289200; CPS, 2 août 2013, référence : CLI.C.2229495; Tribunal de base de Kunshan, Jiangsu, 15 mars 2013, référence : CLI.C.1878389; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 12 décembre 2012, référence : CLI.C.1351832; Tribunal intermédiaire de Shenyang, Liaoning, 13 octobre 2014, référence : CLI.C.3453605; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 16 juillet 2014, référence : CLI.C.3066563.

⁹⁰⁰ Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 5 août 2013, référence : CLI.C.1952361; CPS, 3 décembre 2008, référence : CLI.C.290893; Tribunal de base de Ganyu, Jiangsu, 10 décembre 2007, référence : CLI.C.2440866; Tribunal de base de Zhangjiakou, Hebei, 11 août 2014, référence : CLI.C.3172514.

⁹⁰¹ Art. 94, n°3. Tribunal de base de Pingjiang, Jiangsu, 20 novembre 2010, référence : CLI.C.86713. La partie était débouté pour sa demande de la résolution faite de prouver une mise en demeure préalable. Dans le même sens : Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 17 avril 2012, référence : CLI.C.1183753; Tribunal intermédiaire de Nantong, Jiangsu, 9 juin 2013, référence : CLI.C.2085169; Tribunal intermédiaire de Jiangmen, Guangdong, 16 décembre 2012, référence : CLI.C.2143489; Tribunal supérieur de Hunan, 24 mai 2013, référence : CLI.C.2108494; Tribunal intermédiaire de Yangzhou, 8 mai 2013, référence : CLI.C.1871465; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 27 janvier 2013, référence : CLI.C.1474659; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 18 janvier 2013, référence : CLI.C.1333881; Tribunal intermédiaire de Jiyuan, Henan, 19 décembre 2012, référence : CLI.C.1474509;

débiteur persiste pour un certain délai à compter de cette mise en demeure⁹⁰². Cette exigence est parfois écartée lorsque l'inexécution dépasse un temps raisonnable⁹⁰³.

En revanche, lorsque le débiteur entend poursuivre l'exécution de ses propres obligations, les tribunaux prononcent le plus souvent le maintien du contrat⁹⁰⁴, à condition que la réalisation du but contractuel demeure objectivement possible.

2 L'inexécution doit être unilatérale

222. Une règle issue de la jurisprudence Seule la partie diligente peut se prévaloir de la convention d'arrhes-exécution. Autrement dit, le jeu des arrhes est exclu lorsque les deux parties manquent réciproquement à leurs obligations contractuelles. Cette règle, tout en n'ayant pas été expressément mentionnée par le

⁹⁰² Tribunal de base de Ninghai, Zhejiang, 25 novembre 2010, référence : CLI.C.1782936 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 juillet 2013, référence : CLI.C.1973957 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 26 mars 2013, référence : CLI.C.1975092 ; Tribunal intermédiaire de Wuxi, Jiangsu, 18 février 2013, référence : CLI.C.1881501 ; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Zhejiang, 5 septembre 2012, référence : CLI.C.1811848. Tribunal intermédiaire de Wuxi, Jiangsu, 11 février 2014, référence : CLI.C.2303732 ; Tribunal intermédiaire de Zibo, Shandong, 2 janvier 2014, référence : CLI.C.2290948 ; Tribunal intermédiaire de Jiangmen, Guangdong, 12 décembre 2013, référence : CLI.C.2144168 ; Tribunal supérieur de Guangdong, 27 novembre 2013, référence : CLI.C.2282063 ; CPS, 24 novembre 2013, référence : CLI.C.2227511 ; CPS, 8 novembre 2013, référence : CLI.C.2228192 ; CPS, 24 octobre 2013, référence : CLI.C.2227945 ; Tribunal intermédiaire de Wenzhou, Zhejiang, 15 octobre 2013, référence : CLI.C.2234925 ; Tribunal de base de Gulou, Jiangsu, 5 août 2013, référence : CLI.C.2158849 ; Cinquième tribunal intermédiaire de Chongqing, 13 mai 2013, référence : CLI.C.1447927 ; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 13 mai 2013, référence : CLI.C.2320869 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 18 décembre 2012, référence : CLI.C.1475216 ; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 27 novembre 2012, référence : CLI.C.1419867 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Chongqing, 5 novembre 2012, référence : CLI.C.1417497 ; Tribunal de base de Yuecheng, Zhengjiang, 22 octobre 2014, référence : CLI.C.3536138 ; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 13 août 2014, référence : CLI.C.3255138 ; Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 26 novembre 2013, référence : CLI.C.2214028 ; Tribunal intermédiaire de Bayanzhuoermeng, Neimenggu, 9 octobre 2013, référence : CLI.C.2244905 ; Tribunal de base de Putuo, Shanghai, 16 septembre 2013, référence : CLI.C.1954515 ; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 30 novembre 2012, référence : CLI.C.1175537 ; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 24 octobre 2012, référence : CLI.C.1419901.

⁹⁰³ Tribunal supérieur de Neimenggu, 12 décembre 2013, référence : CLI.C. 2226728 ; Tribunal intermédiaire de Panjin, Liaoning, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2419525 ; Tribunal de base de Jingkou, Jiangsu, 4 décembre 2013, référence : CLI.C.2336648 ; Tribunal de base de Gulou, Jiangsu, 28 novembre 2013, référence : CLI.C.2345812 ; Tribunal de base de Xuhui, Shanghai, 26 novembre 2013, référence : CLI.C.2194995 ; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Jiangsu, 23 novembre 2013, référence : CLI.C.2207445 ; Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 26 juillet 2013, référence : CLI.C.1774699 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 23 juillet 2013, référence : CLI.C.2193172 ; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Jiangsu, 5 juillet 2013, référence : CLI.C.1962305 ; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 14 juin 2013, référence : CLI.C.1443389 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 7 juin 2013, référence : CLI.C.1992959 ; Tribunal supérieur de Heilongjiang, 7 avril 2013, référence : CLI.C.1789940 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, 20 décembre 2012, référence : CLI.C.1474509 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 25 mai 2009, référence : CLI.C.190195 ; Tribunal intermédiaire de Chuzhou, Anhui, 7 août 2014, référence : CLI.C.3476009.

⁹⁰⁴ Tribunal de base de Haiyan, Zhejiang, 29 septembre 2013, référence : CLI.C.2235786 ; Tribunal intermédiaire de Nanyang, Henan, 31 juillet 2013, référence : CLI.C.2196495 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 26 juillet 2013, référence : CLI.C.1953358 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 26 avril 2013, référence : CLI.C.1854882 ; Tribunal intermédiaire de Nantong, Jiangsu, 19 avril 2013, référence : CLI.C.1873322 ; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 16 novembre 2012, référence : CLI.C.1332816 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 14 novembre 2012, référence : CLI.C.1145519 ; Tribunal intermédiaire de Zhumadian, Henan, 10 novembre 2012, référence : CLI.C.1463970 ; Tribunal intermédiaire de Zhoushan, Zhejiang, 6 novembre 2012, référence : CLI.C.1415507.

texte, reçoit une consécration jurisprudentielle⁹⁰⁵, au moins dans l'écrasante majorité des cas⁹⁰⁶.

223. L'explication de cette règle Reste à expliquer le bien-fondé de cette exigence. Certains arrêts invoquent l'idée d'une compensation des fautes respectives⁹⁰⁷. Une telle justification est sans doute imparfaite, dans la mesure où la théorie de compensation laisse envisageable l'hypothèse d'une simple réduction de la peine lorsque les fautes commises par les deux parties ne présentent pas la même gravité. Or, pour écarter le jeu des arrhes-exécution, le juge se contente de constater l'existence des manquements réciproques. La jurisprudence pose le principe selon lequel le jeu des arrhes n'est applicable que si l'inexécution émane d'une seule partie au contrat⁹⁰⁸. Peu importe que ces deux manquements ne présentent pas la même gravité.⁹⁰⁹ En réalité, cette règle restrictive s'expliquerait, quoique la jurisprudence ne le dise pas clairement, par le but poursuivi de ladite convention. Les arrhes-exécution visent à garantir la bonne exécution du contrat. Il est logique que seule la partie innocente peut en faire valoir. Notons simplement que l'exclusion des arrhes dans une telle hypothèse ne vaut pas une absence de sanction : c'est le droit commun de la responsabilité contractuelle qui prendra le relais.

⁹⁰⁵ Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 10 octobre 2011, référence : CLI.C.808046 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 7 juillet 2011, référence : CLI.C.407421 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 17 janvier 2011, référence : CLI.C.439852 ; Tribunal supérieur de Henan, 15 mai 2010, référence : CLI.C.682216 ; Tribunal supérieur de Henan, 12 avril 2009, référence : CLI.C.180882 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 29 août 2007, référence : CLI.C.123548 ; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 29 mars 2003, référence : CLI.C.53429 ; Tribunal de base de Changping, Pékin, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2131770 ; Tribunal de base de Yuzhong, Chongqing, 7 août 2013, référence : CLI.C.2123039 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 juillet 2013, référence : CLI.C.1974354 ; Tribunal supérieur de Yunnan, 7 mai 2013, référence : CLI.C.1975790 ; Tribunal de base de Wujiang, Jiangsu, 22 août 2012, référence : CLI.C.1900433 ; Tribunal intermédiaire de Zhengjiang, Jiangsu, 27 juillet 2012, référence : CLI.C.1903265 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 26 octobre 2010, référence : CLI.C.359537 ; Tribunal intermédiaire de Qiqihae, Heilongjiang, 6 septembre 2010, référence : CLI.C.305349 ; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, 15 avril 2010, référence : CLI.C.336958 ; Tribunal intermédiaire de Ganzhou, Jiangxi, 4 juin 2009, référence : CLI.C.1954960 ; Tribunal de base de Huangyan, Zhejiang, 12 octobre 2005, référence : CLI.C.1640210 ; Tribunal de base de Gongshu, Zhejiang, 20 juillet 2008, référence : CLI.C.166420 ; Tribunal de base de Huangpu, Shanghai, 16 juillet 2008, référence : CLI.C.573001 ; Tribunal intermédiaire de Shaoxing, 25 janvier 2008, référence : CLI.C.1679426 ; Tribunal intermédiaire de Dandong, Jiangsu, 29 avril 2014, référence : CLI.C.2694379 ; Tribunal de base de Lanxian, Hebei, 14 mars 2014, référence : CLI.C.2650379 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 6 mars 2014, référence : CLI.C.2690630.

⁹⁰⁶ Solution contraire : Tribunal de base de Jiyuan, Henan, 12 janvier 2010, référence : CLI.C.758640 ; Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 31 août 2007, référence : CLI.C.148482.

⁹⁰⁷ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 7 juillet 2011, préc.

⁹⁰⁸ Tribunal de base de Ganzhou, Gansu, 27 juin 2012, référence : CLI.C.1784866.

⁹⁰⁹ C'est ainsi que dans une décision (Tribunal supérieur de Yunnan, 7 mai 2013, préc.), le juge a refusé de donner effet à cette clause lorsque l'acheteur a manqué à son obligation principale de payer le prix, au motif que le vendeur n'a pas exécuté une obligation accessoire de l'assistance. Il en va de même dans une autre affaire (Tribunal de base de Yuyao, Zhejiang, 27 novembre 2008, référence : CLI.C.1643823.), le retard du paiement des arrhes, considéré par le juge comme une violation à ses obligations contractuelle, a pour effet de lui priver le droit d'une double restitution en face d'un vendeur défaillant qui n'a pas livré les marchandises dans le délai convenu. Cette dernière solution est sans doute contestable, car il y a lieu de raisonner sur une modification tacite de la convention d'arrhes par le simple fait de l'absence de contestation émanant du vendeur.

B Conditions non soumises au contrôle

224. L'exclusion de certaines conditions ne fait pas de doute Certaines de ces conditions indifférentes ne posent pas de difficulté. C'est ainsi que le manquement peut être causé par le comportement d'une tierce personne au contrat⁹¹⁰. Cette solution n'est qu'une application particulière⁹¹¹ du principe énoncé par L'art. 121 de la *LCC*, selon lequel le fait d'un tiers n'a pas d'effet exonératoire pour le débiteur défaillant⁹¹². En plus, la gravité de la faute commise ne compte pas : la simple négligence peut être sanctionnée tout comme une faute intentionnelle⁹¹³. De manière plus originale, la mise en place des arrhes-exécution n'est pas subordonnée à l'existence du préjudice subi par le créancier, ce qui leur donne une efficacité redoutable⁹¹⁴.

225. Un cas discuté : la typologie de l'inexécution Une hésitation est permise en ce qui concerne un cas particulier. Il s'agit de la typologie du manquement en cause. L'art. 89 de la *LSC* est rédigé dans des termes très vagues, en utilisant le mot « *inexécution* » sans autre précision. Dès lors, le jeu des arrhes devrait être admis en présence de tout type de manquement contractuel. Cette opinion est confortée par une Interprétation judiciaire de la *CPS*, qui parle de « *l'exécution tardive ou toute autre forme d'inexécution* », à condition que celle-ci ait pour effet d'empêcher la réalisation du but contractuel⁹¹⁵. La majorité des décisions s'orientent dans la même direction, et le mécanisme de perte ou de double restitution se trouve appliqué dans les hypothèses

⁹¹⁰ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 17 mai 2012, référence : CLI.C.1378659 ; Tribunal de base de Haiyan, Zhejiang, 22 juin 2009, référence : CLI .C.1694964.

⁹¹¹ Cette solution est d'ailleurs consacrée par L'art. 122 de L'interprétation judiciaire de la *CPS* sur la *LCS*.

⁹¹² Même si le fait du tiers présente les caractères d'un cas de force majeure.

⁹¹³ Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 25 février 2010, référence : CLI.C.354252 ;

⁹¹⁴ Tribunal de base de Gongshu, Zhejiang, 10 novembre 2010, référence : CLI.C.1527149 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 10 mai 2013, référence : CLI.C.1946660.

⁹¹⁵ L'art. 120 de l'interprétation judiciaire de la *CPS* sur la *LCS*.

d'inexécution pure et simple⁹¹⁶, d'exécution tardive⁹¹⁷, d'exécution défectueuse⁹¹⁸, ou encore d'inexécution anticipée⁹¹⁹.

Une interprétation stricte existe néanmoins au sein de la jurisprudence, qui réduit la notion d'« *inexécution* » à la seule hypothèse d'inexécution pure et simple. Selon ce courant minoritaire, le propre des arrhes-exécution est de punir la non-exécution du contrat, mais non pas un défaut dans cette exécution⁹²⁰ ni un simple retard⁹²¹.

Un tel encadrement est non seulement contestable sur le plan théorique (si le but poursuivi par la convention d'arrhes-exécution est bien de garantir l'exécution du contrat, il s'agit d'une exécution conforme aux prévisions des parties), mais il risque en outre de priver l'institution de toute son utilité pratique. Il suffirait pour le débiteur de fournir une prestation défectueuse et incomplète afin d'échapper à la pénalité des arrhes.

§2 Des arrhes-promesse en droit chinois

226. Deux conditions sont requises en cas des arrhes-promesses : il faut constater la non-conclusion du contrat (A). Il faut ensuite que l'une des parties manque à son obligation de négociation (B).

A La non-conclusion du contrat

⁹¹⁶ Tribunal de base de Longhai, Fujian, 1 décembre 2011, référence : CLI.C.1422245; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 octobre 2009, référence : CLI.C.469940; Tribunal de base de Guanyun, Jiangsu, 25 février 2011, référence : CLI.C.1927822.

⁹¹⁷ Tribunal intermédiaire de Nantong, Jiangsu, 15 août 2011, référence : CLI.C.1925663; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 30 mars 2009, référence : CLI.C.467077; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, référence : CLI.C.190458; Tribunal de base de Tongzhou, Pékin, 27 octobre 2008, référence : CLI.C.174962.

⁹¹⁸ Première Tribunal intermédiaire de Shanghai, 27 février 2012, référence : CLI.C.994586; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 22 janvier 2013, référence : CLI.C.1347956; Tribunal de base de Fuyang, Zhejiang, 26 octobre 2010, référence : CLI.C.1529340;

⁹¹⁹ Tribunal intermédiaire de Xinyang, Henan, 21 septembre 2010, référence : CLI.C.739138; Tribunal de base de Siming, Fujian, 7 mai 2012, référence : CLI.C.890384; Tribunal de base de qixian, Hebei, 9 décembre 2009, référence : CLI.C.704693.

⁹²⁰ Tribunal de base de Yuecheng, Zhejiang, 10 août 2010, référence : CLI.C.1535945; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 28 juillet 2009, référence : CLI.C.474498. Tribunal de base de Yingyang, Henan, 15 juillet 2013, référence : CLI.C.1801821; Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 20 février 2009, référence : CLI.C.204313; Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 17 février 2009, référence : CLI.C.204313; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 9 mai 2013, référence : CLI.C.1999802.

⁹²¹ Tribunal de base de Weidu, Henan, 25 janvier 2011, référence : CLI.C.631624.

227. La conclusion du contrat met fin aux effets juridiques de la convention d'arrhes La mise en œuvre des arrhes-promesse suppose que le contrat projeté ne soit pas conclu. Une fois le contrat formé, les arrhes-promesse seront transformées en acompte, et il leur est interdit d'assurer une autre fonction que celle initialement prévue⁹²². La solution se justifie pleinement, car cette transformation en acompte est conforme à l'intention commune des parties. Il faut néanmoins réserver une place pour la liberté contractuelle : rien n'empêche que les parties assignent aux arrhes une pluralité de fonctions⁹²³.

Mais tout échec de la conclusion du contrat ne déclenche pas automatiquement le jeu des arrhes. Encore faut-il que cet échec soit imputable à l'une des parties.

B Le manquement à l'obligation de négociation

228. L'exclusion des cas de cause étrangère Reprenant une terminologie française, nous pouvons considérer l'obligation en question comme une obligation de moyens, qui ne commande pas la conclusion effective du contrat⁹²⁴. Le fait d'entrer dans une négociation ne signifie évidemment pas accepter toutes les propositions faites par l'autre partie⁹²⁵. Ainsi, l'échec de la négociation n'est pas imputable aux contractants quand celui-ci est la conséquence d'une cause étrangère⁹²⁶. La question s'est posée de savoir si le défaut de conclusion du contrat est imputable au vendeur lorsqu'il ne parvient pas à obtenir l'autorisation du véritable propriétaire ou celle

⁹²² La question s'est posée de savoir si les arrhes-promesse pouvait joué la fonction des arrhes-exécution afin de sanctionner une inexécution fautive une fois le contrat se trouve définitivement formé. Une telle possibilité est condamnée en jurisprudence (Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 17 août 2011, référence : CLI.C.1052895. En l'espèce, le vendeur demandait à l'acheteur de lui fournir une sûreté supplémentaire par crainte de l'insolvabilité éventuelle de cette dernière. Devant le refus de l'acheteur, le vendeur a saisi le juge pour faire appliquer la sanction des arrhes-promesse. La demande était rejetée par la Cour, au motif que cette demande relève d'une éventuelle inexécution du contrat, qui n'est pas régité par les arrhes-promesse. V. également, Tribunal intermédiaire de Zhuzhou, Hunan, 20 octobre 2009, préc., Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 17 juillet 2007, référence : CLI.C.141390. ; Tribunal de base de Baoshan, Shanghai, 22 mars 2010, référence : CLI.C.527074; Tribunal de base de Haidian, Pékin, 28 novembre 2005, référence : CLI.C.18589; Tribunal de base de Shangjie, Henan, 27 mars 2014, référence : CLI.C.2636554).

⁹²³ Ce cumul des fonctions se rencontre en jurisprudence à propos des arrhes-formation qui se transforme en arrhes-exécution une fois le contrat formé. V. Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 26 juillet 2013, référence : CLI.C.1953358. Cette transformation peut être faite par un accord ultérieure au cours de l'exécution du contrat. V. Tribunal intermédiaire de Zhuzhou, Hunan, 17 janvier 2011, référence : CLI.C.414534.

⁹²⁴ La distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat est largement ignorée par la doctrine chinoise.

⁹²⁵ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 13 mai 2013, référence : CLI.C.1996967. Le fait pour l'acheteur de refuser le contrat d'adhésion imposé par le vendeur professionnel n'est pas considéré comme un refus injustifié.

⁹²⁶ Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 17 mars 2010, référence : CLI.C.251466. (Le changement de la police administrative); Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 17 mars 2010, référence : CLI.C.251416; Tribunal de base de Zhongyuan, Henan, 10 novembre 2009, référence : CLI.C.637099;

d'autres coindivisaires pour vendre le bien. La jurisprudence refuse de voir dans ce cas une cause étrangère exonératoire, au moins lorsque l'acquéreur est de bonne foi⁹²⁷, puisque le vendeur a suscité chez son cocontractant une confiance légitime⁹²⁸.

229. Nécessité d'une distinction parmi des manquements Il arrive très souvent que le contrat préliminaire fixe d'ores et déjà certains éléments pour le contrat futur. Le droit pose des exigences particulières envers ces points arrêtés dans le contrat préliminaire (1). À cela s'ajoute un devoir de négociation en bonne foi (2).

1. Exigences particulières en présence des points arrêtés dans le contrat préliminaire

230. Les points arrêtés dans le contrat préliminaire ont une force obligatoire équivalente aux stipulations dans un contrat définitif. Certaines clauses fixent le contenu du contrat, les autres imposent des obligations pendant la période précontractuelle.

231. Les clauses qui fixent le contenu du contrat Le principe est que les parties ne peuvent plus revenir sur les éléments convenus sauf par un commun accord⁹²⁹. Se trouve ainsi condamné le vendeur qui entend augmenter le prix de vente fixé⁹³⁰, ou l'acheteur qui refuse de contracter au motif qu'il s'est trompé sur la nature de la chose alors que celle-ci figure clairement dans l'acte préparatoire⁹³¹. Toute contestation sur le contenu du document préparatoire doit intervenir dans l'immédiat, et les tribunaux refusent de prendre en compte une contestation tardive⁹³².

⁹²⁷ Tribunal intermédiaire de Pudong, Shanghai, 28 février 2013, référence : CLI.C.2052455 ; Tribunal de base de Zhengyang, Henan, 13 décembre 2012, référence : CLI.C.1456669 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 mai 2012, référence : CLI.C.989490 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 24 mai 2011, référence : CLI.C.482424 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 avril 2010, référence : CLI.C.443583 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 décembre 2009, référence : CLI.C.471656 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 20 janvier 2009, référence : CLI.C.338524 ; Tribunal intermédiaire de Chengdu, Sichuan, 2 avril 2008, référence : CLI.C.108389 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 14 juin 2007, référence : CLI.C.173356. ; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 30 juin 2010, référence : CLI.C.1349937 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 26 mars 2010, référence : CLI.C.301695 ;

⁹²⁸ Ce qui apparaît expressément dans le raisonnement d'une décision précitée : Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 mai 2012, référence : CLI.C.989490.

⁹²⁹ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 octobre 2010, référence : CLI.C.445601.

⁹³⁰ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 22 janvier 2010, référence : CLI.C.559241. ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 27 janvier 2010, référence : CLI.C.559241 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 11 avril 2014, référence : CLI.C.2852016. ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 2 avril 2014, référence : CLI.C.2636671 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai,

⁹³¹ Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 9 mars 2009, référence : CLI.C.204077.

⁹³² Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 6 octobre 2012, référence : CLI.C.1369290. Le preneur futur ne contestait pas la structure du local lors de sa structure, et qui l'invoque ultérieurement pour refuser de conclure le contrat de bail. Le tribunal a décidé que l'échec de négociation lui était imputable.

En revanche, si la non-conclusion du contrat est due à un désaccord sur des éléments « *ouverts* », le jeu des arrhes-promesse se trouve écarté⁹³³. Le caractère secondaire ou déterminant de ces éléments demeure *a priori* indifférent. Il se peut que les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les éléments essentiels du contrat futur⁹³⁴. Mais le défaut d'accord sur un point secondaire suffit à entraîner l'échec de la négociation⁹³⁵.

232. Les clauses fixant des devoirs précontractuels En ce qui concerne les clauses fixant les devoirs précontractuels, une sous-distinction peut être effectuée. Certaines clauses précisent que leur violation déclenche automatiquement le jeu des arrhes-promesse. Ces clauses sont en principe valables⁹³⁶. La solution est moins certaine lorsqu'une telle précision fait défaut. Une marge de manœuvre est laissée au juge afin que celui-ci vérifie la gravité du manquement ainsi que la sincérité de la partie fautive. Si le manquement est léger et la volonté de conclure le contrat est caractérisée chez l'auteur fautif, le juge refuse le plus souvent d'appliquer la pénalité des arrhes⁹³⁷.

⁹³³ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 janvier 2011, référence : CLI.C.358601 ; Tribunal de base de Huangpu, Shanghai, 29 juin 2010, référence : CLI.C.571614 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 23 mars 2010, référence : CLI.C.541110 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Pékin, 16 décembre 2009, référence : CLI.C.207034 ; Tribunal intermédiaire de Chengdu, Sichuan, 21 mai 2009, référence : CLI.C. 308598 ; Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 18 mars 2009, référence : CLI.C.188829 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 26 mars 2008, référence : CLI.C.509071 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 20 juillet 2005, référence : CLI.C.102596 ; Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 21 avril 2005, référence : CLI.C.25145 ; Première tribunal intermédiaire de Shanghai, 18 avril 2014, référence : CLI.C.2679032 ;

⁹³⁴ Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, référence : CLI.C.26302 ; Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 15 mai 2013, référence:CLI.C.1754241 ; Tribunal intermédiaire de Chengdu, 5 mai 2009, référence :CLI.C.169461 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 avril 2009, référence : CLI.C.324724 ; Tribunal intermédiaire de Kunming, 18 mars 2009, référence : CLI.C.188829. (Le désaccord sur la qualité du bien loué). ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 17 avril 2014, référence : CLI.C.2784941 ;

⁹³⁵ Tribunal intermédiaire de Foshan, Guangdong, 28 avril 2004, référence : CLI.C.117932. (désaccord sur les clauses complémentaires du contrat) ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 29 janvier 2013, référence : CLI.C.2052390 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, CLI.C.1042554 (Désaccord sur la date exacte pour conclure le contrat définitif) ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 23 avril 2010, référence : CLI.C609722 (le moment de la livraison de l'immeuble) ; Tribunal intermédiaire de Heyuan, Guangdong, 16 septembre 2014, référence : CLI.C.3421044 (L'ordre de l'exécution).

⁹³⁶ Tribunal intermédiaire de Xiamen, Fujian, 10 mai 2005, référence : CLI.C.79144. Une date est fixée pour la signature du contrat définitif dont la violation déclenche le jeu des arrhes. Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 7 septembre 2012, référence : CLI.C.1375691. L'acte oblige l'acheteur de venir chez le vendeur à une date fixée afin de mener la négociation, dont la violation est sanctionnée par la perte des arrhes. Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 17 octobre 2014, référence : CLI.C. 3451257 ; Tribunal de base de Putuo, Shanghai, 16 octobre 2013, référence : CLI.C.2042054 ; Tribunal de base de Jiangbei, Chongqing, 29 mai 2013, référence : CLI.C.1435822 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 22 octobre 2012, référence : CLI.C.1375691.

⁹³⁷ Une belle illustration nous est fournie par une décision rendue par le tribunal de base de Minhang (Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 9 juin 2012, référence : CLI.C.1183628). L'acheteur n'a pas pu payer la partie du prix conformément à l'acte préparatoire. Mais il a manifesté une attitude active après la défaillance. Le vendeur, conscient à la hausse considérable de la valeur immobilière, refusait de donner l'acheteur aucun délai supplémentaire et a résolu unilatéralement le contrat préliminaire. Le juge a rejeté sa demande en vue de conserver les arrhes, selon qui son comportement était contraire à l'exigence de bonne foi. Néanmoins, seule la restitution des arrhes était admise en l'espèce. Le remboursement du double était écarté, au motif que l'acheteur a malgré tout manqué son devoir contractuel. Une solution contraire est prononcée pour une situation similaire, la seule différence étant que l'acheteur n'avait manifesté aucune intention sérieuse de conclure le contrat dans l'avenir. V. Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 24 mai 2011, référence : CLI.C.1053749.

2 Un devoir de négociation en bonne foi

233. Le contenu du devoir de négociation Les parties doivent mener de bonne foi la négociation en vue de conclure le contrat.

Le droit commande tout d'abord une négociation effective entre les parties, et le refus injustifié⁹³⁸ de négociation est sanctionné⁹³⁹. Ce refus de négociation peut parfois résulter des demandes manifestement exagérées⁹⁴⁰.

Ensuite, au nom de la bonne foi, le juge vérifie si l'échec de la négociation est imputable à l'une des parties. Le jeu des arrhes-promesse trouve à s'appliquer si la conclusion du contrat est rendue impossible par le fait personnel de l'un des contractants : le propriétaire du bien l'a vendu ou loué à une tierce personne⁹⁴¹ ; la chose a fait l'objet d'une saisie judiciaire⁹⁴² ; l'acheteur négligent n'a pas pu obtenir le prêt immobilier pour réaliser l'opération projetée⁹⁴³, *etc.* Dans tous ces cas, le juge veille à ce que le manquement constitue la cause véritable de l'échec de la négociation. Faute de causalité, le jeu des arrhes sera écarté⁹⁴⁴.

⁹³⁸ C'est par exemples les raisons purement personnelles. Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 1^{er} août 2013, référence : CLI.C.1953401. Le vendeur ne vend pas le bien au motif que le prix de l'immeuble augmente de manière considérable. Tribunal de base de Pudong, 7 janvier 2013, référence : CLI.C.1996580. L'acheteur prétend abandonner la vente au motif qu'il doit se préoccuper de l'un de ses proches ; Tribunal intermédiaire de Shenyang, Liaoning, 14 juillet 2005, référence : CLI.C.112112.; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 28 mars 2014, référence : CLI.C.2587388. En outre, le droit chinois impose une obligation de diligence pour les contractants, qui doivent se renseigner sur les éléments du contrat accessible. Par exemple, l'acheteur de l'immeuble ne peut refuser la conclusion du contrat au motif qu'il s'est trompé sur la propriété et l'utilité de l'immeuble ou sur la qualité du terrain en question. (Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 décembre 2009, référence : CLI.C.471656).

⁹³⁹ Tribunal de base de Shaoxing, Zhejiang, 24 août 2003, référence : CLI.C.47791 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 9 août 2010, référence : CLI.C.440614 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 6 juillet 2010, référence : CLI.C.557645 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 4 mars 2010, référence : CLI.C.325289 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 26 mai 2010, référence : CLI.C.557645; Tribunal de base Pudong, Shanghai, 9 février 2010, référence : CLI.C.556738; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 février 2010, référence : CLI.C.470813; Tribunal intermédiaire de Ganzhou, Jiangxi, 8 avril 2008, référence : CLI.C.101129; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 13 décembre 2006, référence : CLI.C.182616; Tribunal de base de Beihu, Hunan, 20 mars 2014, référence : CLI.C.2919959; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 juillet 2014, référence : CLI.C.3105423;

⁹⁴⁰ Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 novembre 2009, CLI.C.435680. Le vendeur exigeait le règlement intégral du prix le lendemain de la conclusion du contrat préparatoire. Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 10 juillet 2012, référence : CLI.C.137254. Dans un contrat de bail, le preneur demandait, lors de la signature du contrat préparatoire, que le bailleur avait le pouvoir de louer le bien. Mais ultérieurement, il exigeait des documents justificatifs supplémentaires.

⁹⁴¹ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, référence : CLI.C.225571 ; Tribunal intermédiaire de Foshan, Guangdong, 10 novembre 2006, référence : CLI.C.68634. Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 21 septembre 2010, référence : CLI.C.301526 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 4 décembre 2010, référence : CLI.C.322908; Tribunal de base de Yangpu, Shanghai, 7 août 2008, référence : CLI.C.574527; Deuxième tribunal intermédiaire de Chongqing, 30 septembre 2004, référence : CLI.C.49161;

⁹⁴² Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 14 février 2011, référence : CLI.C.450564.

⁹⁴³ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 7 janvier 2013, référence : CLI.C.1996580.

⁹⁴⁴ Pour une illustration intéressante : Tribunal de base de Canghai, Fujian, référence : CLI.C.1782586. En l'espèce, le contrat ne peut pas aboutir à cause de la qualité de l'acheteur. La mauvaise foi du vendeur est retenue par le tribunal dans la mesure où celui-ci continue à mener la négociation en connaissance de cause. Si l'acheteur a manqué son obligation précontractuelle de régler une partie du prix, ce manquement n'est pas la cause véritable pour la non-conclusion du contrat.

Etant donné qu'en droit chinois, la bonne foi est présumée, il incombe à celui qui prétend appliquer le jeu des arrhes-promesse de prouver que la non-conclusion du contrat est imputable à l'autre partie⁹⁴⁵.

Section II Les conditions d'admission des arrhes libératoires

234. Plan En matière d'arrhes libératoires, le déclenchement du jeu est subordonné à la seule volonté de son titulaire, ce dernier a le pouvoir unilatéral de rompre le contrat⁹⁴⁶.

Il ne faut pourtant pas oublier que les arrhes-dédit ou les arrhes-résolution présentent un coût plus ou moins important pour celui qui s'en sert. Dès lors, le titulaire de ce droit onéreux a tout intérêt de contourner le jeu des arrhes lorsqu'il peut rompre le contrat sans subir une perte pécuniaire. Le contrôle d'admission du jeu des arrhes joue ici un rôle passif en faveur de son titulaire : la mise en œuvre de la convention suppose l'absence des autres causes légitimes pour rompre le contrat (§1). En pratique, c'est la défaillance de la condition suspensive qui suscite plus de contentieux. Elle mérite un développement particulier (§2).

§1 Absence des autres causes légitimes pour rompre le contrat

235. Quelques illustrations La restitution des arrhes aura lieu si le contrat prend fin à cause de la force majeure, ce qui résulte clairement d'un arrêt de la Troisième

⁹⁴⁵ Référence : CLI.C.184864 ; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 22 juin 2012, référence : CLI.C.1372540 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, 25 janvier 2011, référence : CLI.C.638661.

⁹⁴⁶ Cass. Civ 3^e ; 20 juin 2012, 11-17.384 : L'exercice du dédit n'est pas subordonné à l'acceptation de l'autre partie.

Chambre civile du 7 février 1996⁹⁴⁷. Il s'agit en l'espèce d'une vente de maison dont le transfert de propriété est reporté au jour de la signature de l'acte authentique. Selon une clause dans l'acte sous seing privée, la somme versée à titre de dédit « *resterait acquise aux vendeurs à défaut de signature de l'acte authentique dans les délais impartis, pour quelque cause que ce soit* ». Un hangar constituant une dépendance de la maison s'étant effondré, les acquéreurs ont décidé d'abandonner la vente et ont sollicité en même temps la restitution du dédit. La Cour d'appel ne leur a pas donné gain de cause, au motif que la clause en question ne faisait aucune distinction selon les causes d'extinction du contrat. Un pourvoi en cassation a été formé. La décision d'appel a été cassée par la Haute juridiction, sous le visa de l'article 1131 du Code civil. Autrement dit, la force majeure fait perdre au dédit de sa cause objective.

Il en va de même si les conditions de la résolution judiciaire ou conventionnelle sont réunies⁹⁴⁸.

236. La question des intérêts des arrhes La restitution des arrhes pose la question des intérêts. La solution française se trouve dans les articles L. 131-1 et L. 131-2 du Code de la consommation. Selon le premier texte, dans la vente mobilière ou les prestations de services, toute somme versée d'avance, y compris les arrhes, « *est productive, au taux légal en matière civile, d'intérêts qui courront à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à réalisation ou restitution des sommes versées d'avance* », et les intérêts « *seront ajoutés aux sommes versées d'avance en cas de restitution* ». Le second texte dispose que cette règle n'est pas applicable « *aux commandes spéciales sur devis ni aux ventes de produits dont la fabrication est entreprise sur commande spéciale de l'acheteur* ». Ces dispositions trouvent leur origine dans la loi du 5 décembre 1951⁹⁴⁹, complétée par la loi du 18 janvier 1992. L'idée initiale était de lutter contre un usage contestable des fabricants et constructeurs d'automobilistes dans les années qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale⁹⁵⁰.

⁹⁴⁷ Cass 3^e civ., 7 février 1996 ; n°93-17.873.

⁹⁴⁸ Dans une affaire concernant les arrhes-résolution, le fait de résoudre le contrat sur le fondement d'une exécution défectueuse du contrat écarte le mécanisme de perte ou de double restitution Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 23 mai 2014, CLI.C.2979109.

⁹⁴⁹ S. 1952, 505, comm. C. Juge-Chapsal.

⁹⁵⁰ Sur les objectifs et les motifs de cette loi, v. Rép. Civ. v° Arrhes, par J. Djoudi, n°42.

237. Comparaison avec la solution chinoise Une comparaison peut être faite ici avec le droit chinois. La règle ci-dessus présentée est absente en droit chinois, de sorte qu'en règle générale, les arrhes ne sont pas productif d'intérêts⁹⁵¹. Ce principe est assorti d'exceptions. On en mentionnera deux principales.

La première exception relève du bon sens. Les arrhes commencent à produire des intérêts au taux légal à compter du jour où la restitution de la somme doit intervenir. Celui qui les restitue tardivement doit verser une somme complémentaire correspondant aux intérêts des arrhes⁹⁵².

La deuxième exception est sans doute plus originale, qui témoigne encore une fois de la souplesse du droit chinois et de l'attitude pragmatique des juges. Elle concerne notamment l'hypothèse des arrhes-promesse. Lorsque la négociation du contrat prend un délai suffisamment long sans que les parties ne parviennent à un accord définitif, le juge admet exceptionnellement que les arrhes produisent des intérêts au taux légal à compter du jour de leur remise⁹⁵³. Ces décisions sont inspirées par l'idée de l'équité, mais une solution plus équitable consisterait sans doute à reporter la date à partir de laquelle les arrhes commencent à produire des intérêts, comme le fait le droit français.

§2 Une illustration particulière : la défaillance de la condition suspensive entraînant la restitution des arrhes

238. Le principe de restitution En droit français, il arrive que le contrat soit assorti à la fois d'une clause de dédit et d'une condition suspensive. Normalement, la défaillance de la condition devrait entraîner la restitution des arrhes versées⁹⁵⁴. Cette solution reçoit d'ailleurs une consécration légale en droit de la consommation. L'article L.312-16 du Code de la consommation dispose dans son alinéa 2 que « *toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière*

⁹⁵¹ Pour une illustration : Tribunal de base de Siming, Fujian, 10 mai 2013, référence : CLI.C.2122251.

⁹⁵² Tribunal de base de Fengxian, Shanghai, 21 août 2013, référence : CLI.C.1951804; Tribunal de base de Pukou, Jiangsu, 9 octobre 2012, référence : CLI.C.2096000; Tribunal de base de Baoshan, Shanghai, 10 juin 2009, référence : CLI.C.202895.

⁹⁵³ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 14 mars 2012, référence : CLI.C.1042554; Tribunal de base de Jinshan, Shanghai, 24 novembre 2009, référence : CLI.C.1370154; Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 20 mai 2014, référence : CLI.C.3388138.

⁹⁵⁴ Paris, 31 octobre 2005, *Juris-Data*: n°298311; Cass. Com., 7 octobre 2008, n°07-14607; Cass. Com., 7 octobre 2008, 07-14.607.

est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit »⁹⁵⁵.

Si le principe est clair, les tempéraments posent en revanche des difficultés. En effet, la restitution peut paraître contestable si la défaillance est imputable au titulaire de dédit (A). Même dans l'hypothèse où la défaillance de la condition n'est pas imputable aux contractants, une manœuvre serait pourtant concevable à cause de la jurisprudence actuelle (B).

A La défaillance de la condition suspensive imputable au titulaire de dédit

239. L'article 1178 du Code civil a une portée générale qui s'applique aussi bien au droit commun qu'au droit de la consommation (1). Il faut néanmoins analyser l'article L.312-16 du Code de la consommation, qui pose des règles spéciales en la matière (2).

1. L'article 1178 du Code civil, une règle de portée générale

240. Le succès de l'article 1178 à l'époque contemporaine Longtemps resté inaperçu⁹⁵⁶, l'article 1178 est devenu aujourd'hui le texte le plus sollicité parmi toutes les dispositions dans le Code civil concernant le mécanisme conditionnel. L'extension de son domaine – *ratione personæ et ratione materiae*⁹⁵⁷ – s'accompagne en même temps d'une exigence accrue de loyauté : les juges ne se contentent plus de sanctionner la « *tricherie la plus criante* »⁹⁵⁸ des parties, ils posent en outre un

⁹⁵⁵ Il est souvent délicat de déterminer la qualification exacte de la somme versée d'avance. Ceci est d'autant plus préjudiciable pour le consommateur que les règles applicables à chaque qualification sont sensiblement différentes. Pour pallier cette difficulté, le législateur a tenté de rapprocher les différents mécanismes juridiques en unifiant dans certains domaines les règles applicables. Ce faisant, il supprime tout intérêt lié à l'opération de qualification. La somme versée d'avance est soumise à un même régime, peu importe le titre attribué par les parties. Une autre illustration de ce dépassement de qualification nous est fournie par l'article L.131-1 du même Code. Selon ce texte, dans le cas de vente d'un bien mobilier ou fourniture d'une prestation de service, les sommes versées d'avance par le consommateur est productive d'intérêt légal, si le professionnel n'a pas exécuté son obligation dans un délai de trois mois, peu importe « *la nature de ce versement et le nom qui est donné dans l'acte* ».

⁹⁵⁶ Cela s'explique par le fait que selon la doctrine classique, ce texte n'était pas applicable aux conditions potestatives ou mixtes. Sur la présentation de cette doctrine ancienne, v. M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats, op.cit.*, n°310 et s.

⁹⁵⁷ M. Latina, *op.cit.*, n°562 et s.

⁹⁵⁸ *RTD. Civ.* 1984, p.714, *obs.* J. Mestre.

« *principe général de coopération loyale de la dissipation de l'incertitude* »⁹⁵⁹. En d'autres termes, il ne suffit plus pour les parties de s'abstenir à empêcher la réalisation de l'événement⁹⁶⁰, elles doivent encore « *accomplir toutes les diligences afin que la condition suspensive cesse de produire son effet ou, au contraire, que l'effet destructeur de la condition résolutoire ne survienne point* »⁹⁶¹. S'il ne parvient pas à apporter une telle preuve⁹⁶², la condition suspensive est réputée accomplie. La caducité de la vente s'analyse comme étant le résultat de l'exercice du dédit, qui fait subir à son titulaire la conséquence financière⁹⁶³.

241. Les limites posées par la jurisprudence pour l'application de l'article 1178 Quelques limites ont été avancées par la jurisprudence dans l'application de l'article 1178. Un lien de causalité doit être établi entre la défaillance de la condition et les comportements du débiteur. La sanction de l'article 1178 sera écartée si cette défaillance est provoquée par le fait d'un tiers⁹⁶⁴, même si le débiteur a manqué lui-même son devoir de diligence⁹⁶⁵. Dans le même esprit, la Cour de cassation refuse d'appliquer ce texte lorsqu'elle constate que l'avis défavorable donné par la banque est

⁹⁵⁹ V. J.-J. Taisne, *J.-Cl. Civil, art. 1175-1180*, n° 66.

⁹⁶⁰ Cass. 3^e civ., 7 janv. 1998 : *Bull. Civ.* 1998, III, n°2 ; *D.* 1998, p. 582, note E. Agostini. (Le preneur qui revient sur sa demande à la prêtertraite, empêchant ainsi la réalisation de la condition) ; Cass. com., 31 janv. 1989, *Bull. civ.*, IV, n°47. (l'acquéreur qui a « d'emblée et sans raison valable, refusé la proposition de prêt qui lui était faite ») ; Cass. 3^e civ., 4 fév. 1987, inédit ; *RTD. Civ* 1988, p. 542, obs. J. Mestre. (Le demandeur du prêt a retiré les documents déposés sans attendre la décision de l'établissement du crédit) ; Cass., 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 09-14.690. (Le cessionnaire a dissimulé à l'Association notariale de caution l'existence d'une lettre qui pourrait changer leur décision de refus) ; Cass. Com., 27 mars 1990, n° 88-19.566. (cession des parts sociales sous condition de l'agrément des cessionnaires, le cédant qui a fait usage de son éventuelle minorité de blocage afin que cela soit refusé).

⁹⁶¹ M. Latina, *op.cit.*, n°567, p.432.

⁹⁶² Sur la charge de la preuve, la jurisprudence est constante en ce sens. V. Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1997, *Bull. Civ.* 1997, I, n°310 ; *Defrénois* 1998. 358, obs. Aubert ; *RDI* 1998. 109, obs. Groslière ; Cass. 1^{re} civ., 9 fév. 1999, *Bull. civ.* 1999, I, n°50 ; *Defrénois* 1999. 755, obs. Aubert ; Cass. 1^{re} civ., 13 février 2001, *Bull. civ.* 2001, I, n°33 ; *JCP E* 2002. 640, n°5, obs. Neau-Leduc ; Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2002, *Bull. Civ.* 2002, I, n°124 ; Cass. 3^e civ., 30 janvier 2008, *Bull. Civ.* 2008, III, n° 22 ; *D.* 2008. AJ 545, obs. Forest ; *ibid.* 2008. Chron. C. cass, 1224, no 4, obs. Nési ; *JCP* 2008. II. 10116, note Mallet-Bricout ; *JCP N* 2008. 1197, n° 6, obs. Piedelièvre. V. cependant, Cass.com., 15 déc 1992, *Bull. civ.* 1992, IV, n°410, qui décide qu'il incombe au créancier d'une obligation sous condition suspensive de prouver que le débiteur a empêché la réalisation de celle-ci. La charge de la preuve est inversée dès lors que l'emprunteur a pu démontrer qu'il avait présenté au moins une offre de prêt conforme aux caractéristiques stipulées à la promesse de vente. Dans ce cas, il appartient au promettant de prouver que la défaillance de la condition lui soit imputable. V. Cass. 3^e civ., 26 mai 2010, *Bull. Civ.* 2010, III, n°103 ; *RLDC* 2010/73, n° 3868, obs. Le Gallou ; Cass. 3^e civ., 6 Oct. 2010, *Bull. Civ.* 2010, III, n°183 ; *RLDC* 2010/78, n° 4032, obs. Paulin ; *Gaz. Pal.*, 04 novembre 2010 n° 308, P. 14 obs. D. Houtecieff.

⁹⁶³ Cass. Com., 21 juin 2011, n°10-17.875 ; Aix-en-Provence, 17 décembre 2009, *Juris-Data* : n°019508 ; Cass. Com., 21 février 2006, n°03-10.073 ; Basse Terre, 16 mars 2009, *Juris-Data* : n°379823. Paris, 15 octobre 2008, *Juris-Data* : n°372800 ; Douai, 26 novembre 2007, *Juris-Data* : n°366926 ; Paris, 17 mai 2006, *Juris-Data* : n°374290 ; Douai, 27 avril 2005, *Juris-Data* : n°289151 ; Paris, 13 mai 1987, *Juris-Data* : n°023240.

⁹⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 1983 : *Bull.civ.*1983, I, n°279 ; *RTD.civ.*, 1984, 714, obs. J. Mestre ; Cass. 3^e civ., 10 juin 2009 : *Bull.civ.*2009, III, n°136.

⁹⁶⁵ La jurisprudence exige ainsi que le manquement du débiteur constitue la cause exclusive de la défaillance de la condition. V. Cass. com., 21 juin 1994, *Bull.civ.* 1994, IV, n°231 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir que les époux Y ..., obligés sous la condition suspensive, en avaient empêché seuls l'accomplissement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

fondé sur une raison objective étrangère à toute négligence de la part du demandeur⁹⁶⁶.

En outre, l'intensité du devoir varie en fonction des prévisions contractuelles. Un même comportement du débiteur peut être reproché ou non selon les différentes circonstances⁹⁶⁷. On constate dès lors que « *tout l'enjeu de la condition suspensive d'obtention d'un prêt réside dans la façon dont elle est encadrée par les stipulations ; ces dernières fournissant la mesure et l'intensité des démarches que l'acquéreur-emprunteur devra effectuer en vue de sa réalisation* »⁹⁶⁸. La liberté contractuelle connaît néanmoins une limite importante en droit de la consommation.

2. L'article L.312-16 du Code de la consommation, une règle spéciale

242. La difficulté dans l'application de l'article L.312-16 La loi Scrivener du 13 juillet 1979 a introduit dans le Code de la consommation deux dispositions majeures, à savoir les articles L.312-12 et L.312-16, qui créent une interdépendance légale entre le prêt bancaire et l'acte d'acquisition par le biais du mécanisme conditionnel⁹⁶⁹.

Selon la jurisprudence, la loi du 1979 n'exclut pas le jeu de l'article 1178⁹⁷⁰. Pourtant, la transposition de ce texte en droit de la consommation fait naître un nouveau risque. Les professionnels auraient tendance à prévoir des démarches extrêmement lourdes pour les profanes, et l'effet protecteur de l'article L.312-16 serait réduit à néant. Sensible à ce danger éventuel, la Cour de cassation a posé, depuis une vingtaine d'années, une solution de principe selon laquelle « *l'application de l'art. L.*

⁹⁶⁶ Cass. 3^e civ., 12 septembre 2007, *Bull. civ.* III, n°143 ; *D.* 2008. 329, note A.-C. Martin ; *RTD civ.* 2007. 770, *obs.* Fages ; *RDI* 2008. 37, *obs.* Heugas-Darraspen ; *JCP* 2008. II. 10116, note Mallet-Bricout ; *Deffrénois* 2007. 1745, note Savaux. En l'espèce, l'acquéreur a demandé le prêt pour 12 ans, tandis que le délai prévu par le contrat était de 15 ans. Or, la Cour de cassation estimait que « *le prêt sur 12 ans avait été refusé au refusé eu égard à une insuffisance de capacité financière compte tenu des emprunts déjà en cours* », et que « *si la durée d'emprunt n'était pas conforme aux prévisions de la convention, les calculs produits par la banque démontraient qu'un prêt, fût-il sur 15 ans, excédait de même les possibilités de M. Y...* ». Dans le même sens, Cass. 3^e civ., 15 déc 2010 : *Bull. civ.* 2010, III, n°225 ; *Dalloz actualité*, 13 janvier 2011, *obs.* Prigent ; *RDI* 2011. 269, *obs.* Heugas-Darraspen ; *RLDC* 2011/79, no 4118, *obs.* Paulin ; *ibid.*, n°4188, *obs.* Parance. La charge de la preuve pèse sur le débiteur. V. Cass. 3^e civ., 18 mars 1998, n°95-22.089. « *Mais attendu qu'ayant relevé que la société ADIM avait empêché l'accomplissement de la condition suspensive en ne déposant pas la demande de permis de construire à l'obtention duquel les parties avaient subordonné la réalisation de la vente, sans rapporter la preuve, lui incombant, qu'une telle demande, si elle avait été faite, aurait été rejetée, (...)* ».

⁹⁶⁷ V. des illustrations très éclairantes, J.-J. Taisne, *J.-Cl. Civil*, art. 1175-1180, n° 69.

⁹⁶⁸ E. Burdin, « Des vices et vertus des clauses relatives à la condition suspensive d'obtention d'un prêt en matière de crédit immobilier », *LPA*, 12 février 2010 n° 31, P. 4, n°2.

⁹⁶⁹ Une littérature abondante sur cette loi, voir parmi d'autre, C. Atias et C. Mouly, *JCP N* 1980, 205, et 303 ; L. Aynès, *D.* 1988. *Chron.* 283 ; Bénac-Schmidt, *D.* 1990. *Chron.* 7 ; Bergel, *JCP N* 1988. I. 225 ; D. Mazeaud, *JCP N* 1993. I. 345 ; Steinmetz, *RDI* 1993. 305.

⁹⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 1990 : *Bull. civ.* 1990, I, n°175 ; *D.* 1990. IR 175 ; *Deffrénois* 1990. 1026, *obs.* Aubert.

312-16, *texte d'ordre public, ne peut être affectée par la stipulation d'obligations contractuelles imposées à l'acquéreur et de nature à accroître les exigences résultant de ce texte* »⁹⁷¹. Cette solution a été reprise dans de nombreuses décisions rendues ultérieurement⁹⁷².

Encore faut-il déterminer avec précision ce que sont « *les exigences résultant de ce texte* ». Pour ce faire, la Cour de cassation a opéré une distinction entre les clauses alourdissant les charges légales de l'acquéreur, et celles qui ne sont que la mise en œuvre des exigences légales⁹⁷³. Or, la mise en œuvre d'une telle distinction ne manque pas de soulever des graves difficultés⁹⁷⁴. Plusieurs critères ont été proposés par la doctrine⁹⁷⁵.

243. L'appréciation critique de la distinction binaire mise en place par la jurisprudence Raisonnant en termes d'accroissement des exigences légales, la Haute juridiction présente L.312-16 du Code de la consommation comme créateur d'obligations pour le consommateur, alors qu'il s'agit en réalité d'une disposition offrant à celui-ci une protection légale intangible⁹⁷⁶ : est nulle toute clause ayant pour effet de priver l'acquéreur du bénéfice de la condition suspensive, ou celle qui fixe un délai inférieur à 30 jours pour la réalisation de l'évènement conditionnel⁹⁷⁷, ou enfin celle qui permet au professionnel de conserver la somme en cas de non-obtention du prêt.

Seules les deux premières exigences présentent des spécificités par rapport à celles de droit commun⁹⁷⁸. Pourtant, c'est sur ce dernier point que se concentre la quasi-totalité des contentieux. Sous couvert d'une distinction sophistiquée entre la clause qui accroît les exigences légales et celle qui ne fait que les mettre en œuvre,

⁹⁷¹ Cass. 3^e civ., 18 janvier 1986 : Bull. civ.1986, III, n°126.

⁹⁷² Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 1992, Bull. civ.1992, I, n°32 ; D. 1992. IR 99 ; CCC 1992, n°121, obs. Raymond ; *ibid.*, n°132, obs. Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1993, Bull. Civ. 1993, I, n°252 ; *Defrénois* 1994. 358, note D. Mazeaud ; Cass. 3^e civ., 6 juillet 2005, Bull. Civ. 2005, III, n°252 ; D. 2005. AJ 2145, obs. Rondey ; JCP N 2006. 1023, étude Dagot. Cass. 3^e civ., 7 novembre 2007 : Bull.civ. 2007, III, n°201 ; D. 2008. Chron. C. cass. 1229, obs. Nési ; D. 2007. AJ 3002, obs. Runday ; RTD.com. 2008,157, obs. Legeais.

⁹⁷³ Cass 1^{re} civ., 7 janvier 1997, n°94-16.868 ; CCC. 1997, n°68, note Raymond ; *RJDA* 1997, n°923.

⁹⁷⁴ V. H. Kenfack, Précisions sur la protection de l'acquéreur immobilier qui recourt à un prêt pour financer l'acquisition de son logement, *JCP N*, 2008, 1148, n°14 : « *En dehors des cas où la Cour de cassation s'est expressément prononcée, les rédacteurs de contrat sont dans l'incertitude* ».

⁹⁷⁵ Sur une présentations de ces propositions doctrinales, v. E. Burdin, *art. préc.*

⁹⁷⁶ La jurisprudence admet d'ailleurs que le consommateur peut être tenu des obligations qui ne sont pas contenues dans ce texte. Sinon, comment peut-on expliquer la transposition de l'article 1178 du Code civil en la matière ? La seule limite, c'est de ne pas priver au consommateur des prérogatives qui lui sont accordées par ce texte d'ordre public.

⁹⁷⁷ La jurisprudence a décidé, en l'absence de précision législative sur ce point, que la réalisation de la condition s'entendait de la présentation d'une offre conforme à la demande du bénéficiaire. V. Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 1992 : Bull.civ. 1992, I, n°309 ; *Contrats, conc. consom.* 1993, *comm.* n°43, L. Leveneur ; *JCP G* 1993. II. 121, note A. Gourio ; Cass. 3^e civ., 7 novembre 2007 : *Bull. civ.* III, n°200, *Defrénois* 2007, p.1744, obs. E. Savaux.

⁹⁷⁸ La troisième exigence, par contre, est également exigée par la jurisprudence dans l'application de l'article 1178 du Code civil.

c'est la question de causalité entre le manquement reproché et la défaillance de la condition qui est le plus souvent en jeu. Se trouve sanctionnée la clause qui assimile le défaut de notification à une obtention du prêt⁹⁷⁹, ou celle qui oblige l'acquéreur à déposer les dossiers de crédit et à en justifier auprès du vendeur dans un bref délai sous peine de la perte des sommes versées d'avance⁹⁸⁰. Ce qui est contestable aux yeux des juges, c'est moins les obligations de diligences⁹⁸¹, que la sanction appliquée en cas de leur violation : n'étant pas la cause directe de la défaillance de condition, le manquement à ces obligations ne peut pas déclencher le jeu édicté par l'article 1178⁹⁸². Par conséquent, il serait préférable pour les juges de recourir à l'article 1178 au lieu de solliciter une distinction inutilement compliquée.

B La défaillance de la condition suspensive non imputable au titulaire du dédit

244. Le principe semble évident en la matière : la défaillance de la condition rend le contrat caduc, et il y a lieu d'autoriser la restitution des arrhes versées d'avance. Mais l'automaticité du jeu de la condition est récemment mise en cause par la jurisprudence, qui consacre la validité d'une renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive, au profit de celui dans l'intérêt de qui cette condition a été insérée (1). Une telle solution pose de vraies difficultés, et il serait préférable de chercher des réponses plus adéquates (2).

⁹⁷⁹ Cass. 3^e civ., 18 juillet 1986 : *Bull.civ.* 1986, III, n°126 ; *D.* 1987. *Somm.* 460, *obs.* Aubert ; *RTD.civ.* 1987, 109, *obs.* Rémy ; Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 1988 : *Bull.civ.* 1988, I, n°239 ; *D.* 1989. *Somm.* 339, *obs.* Aubert ; *Deffrénois* 1988, 34335, *note* Morin ; Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996 : *Bull.civ.* 1996, I, n°196 ; *D.* 1996. 539, *note* Bénac-Schmidt.

⁹⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 1992 : *Bull.civ.* 1992, I, n°35 ; *D.* 1992, *IR* 99 ; *CCC* 1992, n°121, *obs.* Raymond. (déposer les dossiers de crédit dans les 10 jours de l'acte sous seing privé et à en justifier auprès du rédacteur de cet acte dans les 48 heures ainsi qu'à informer). Dans le même sens, Cass. 3^e civ., 6 juillet 2005 : *Bull.civ.* 2005, III, n°154 ; *D.* 2005. *AJ* 2145, *obs.* Rondey ; *JCP N*, 2006. 1023, *étude* Dagot. (Déposer leur demande de prêt dans les 15 jours de la signature de l'acte de vente) ; Cass. 3^e civ., 7 novembre 2007 : *Bull.civ.* 2007, III, n°201 ; *D.* 2008. *Chron. C. Cass.* 1229, *obs.* Nési ; *RTD com.* 2008. 157, *obs.* Legeais ; *RDI* 2008. 262, H.-D.-Pen. ; Cass. 3^e civ., 7 avril 2009 : 08-15.896. (La double obligation contractuelle faite à l'acquéreur de déposer ses demandes de prêt dans un délai de vingt jours à compter de la date de la promesse et d'en adresser copie au notaire).

⁹⁸¹ Se contentant de fixer le délai minimum pour la validité de la condition suspensive, le texte est muet sur celui de dépôt de demande. Vu le temps qu'il faut pour la banque de prendre sa décision, Il est probable que l'emprunteur-acquéreur qui formule la demande quelques jours avant l'expiration du délai d'un mois n'obtiendra pas le crédit dans le délai convenu. La présence des clauses de dépôt de demande a pour effet d'écarter la sanction de l'article 1178 du Code civil au profit du consommateur si celui-ci avait déposé sa demande conformément aux prévisions des parties. V. Dans ce sens, S. Piedelièvre, *chron.*, *JCP N* 2006, p. 1135 ; M. Dagot, *Condition suspensive*, *JCP N* 2006, 1023.

⁹⁸² L'idée d'absence de lien de causalité est sous-jacente dans plusieurs décisions. Par exemple, Cass. 3^e civ., 7 novembre 2007, *préc.*, « la cour d'appel, qui a retenu à bon droit que l'inobservation de cette obligation d'information ne pouvait avoir pour effet d'entraîner la caducité de la vente (...) ».

1. La renonciation unilatérale de la condition suspensive

245. Une distinction nécessaire entre deux sortes de renonciation La renonciation dont nous parlons ne doit pas être confondue avec celle intervenue *pendente conditione*. Cette deuxième renonciation est consacrée depuis longtemps par la jurisprudence⁹⁸³, dont le bien-fondé n'est guère contesté en doctrine⁹⁸⁴. Tout autre est la situation examinée ici. La renonciation intervient cette fois-ci après la défaillance définitive de la condition suspensive. « *Dans le premier cas, la renonciation porte sur le mécanisme conditionnel lui-même, de sorte que l'accord initial devient pur et simple et peut déployer tous ses effets, alors que, dans le second, la renonciation porte plus précisément sur les effets de la défaillance, c'est-à-dire sur la caducité qui lui est normalement attachée* »⁹⁸⁵. Dans ce second cas, le bénéficiaire de la condition suspensive se voit octroyer un droit d'option potestatif⁹⁸⁶ à deux branches : se prévaloir de la caducité du contrat, ou d'y renoncer en poursuivant la convention dans ses termes initiales⁹⁸⁷.

En mettant en cause l'automatisme du jeu de la condition⁹⁸⁸, cette faculté de renonciation transforme en profondeur la structure du mécanisme conditionnel⁹⁸⁹.

246. Le développement récent de la renonciation à se prévaloir la caducité du contrat Si cette possibilité de renonciation unilatérale a déjà été envisagée par quelques auteurs classiques⁹⁹⁰, admise en jurisprudence dans certains arrêts anciens⁹⁹¹, il a fallu attendre la période contemporaine pour que la renonciation unilatérale

⁹⁸³ V. par ex : Cass. 3^e civ., 5 fév 1970 : *Bull. Civ.* 1970, III, n°89; Cass. Com., 2 juill.1974, : *Bull.civ.* 1974, IV, n°216.

⁹⁸⁴ V. Par exemple, M. Latina, *op.cit.*, n°485 et s. ; B. Nuyttum, « La renonciation à la condition suspensive : quand c'est le mécanisme qui défaille », *RDC*. 2008, p.959 et s.

⁹⁸⁵ V. Wittmann, « La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente : à la recherche d'un équilibre contractuel », *D.* 2012, p.301.

⁹⁸⁶ Le caractère potestatif d'une telle faculté est parfaitement décrit par Petit (*JCP N* 1996. II. 1662) : « à la question "suis-je engagé par le contrat ?", la réponse n'est plus "oui ou non, cela dépend de la réalisation de la condition" mais "oui si la condition se réalise et, sinon, si je veux". Au droit conditionnel s'ajoute un droit potestatif présentant les éléments caractéristiques du droit d'option ».

⁹⁸⁷ Cette option est expressément consacré par la jurisprudence. V. Cass. 3^e civ., 31 mars 2005 : *Bull. civ.*2005, III, n°82; *RTD civ.* 2005. 775, *obs.* J. Mestre ; *JCP* 2005. II. 10157, note H. Kenfack; Cass. 3^e civ., 17 décembre 2008 : *Bull.civ.*2008, III, n°211; Cass. 3^e civ; 15 nov 2011, inédit, n° de pourvoi :10-25347.

⁹⁸⁸ Partielle, car cette automatisme n'est pas atteinte au cas de la réalisation – réelle ou fictive – de la condition. Les obligations des parties deviennent, dans une telle hypothèse, pures et simples.

⁹⁸⁹ La spécificité d'une telle condition tient à sa structure complexe, au sein de laquelle on peut, de fait, identifier deux conditions successives : « *l'une casuelle – l'événement survient ou non – (je n'ai pas obtenu l'autorisation d'ouvrir une confiserie) ; l'autre, dans l'hypothèse où l'événement ne survient pas, purement potestative, les bénéficiaires de cette condition pouvant décider ou non de se prévaloir de cette défaillance (qu'à cela ne tienne je n'en tiens pas compte et je vendrai de la lingerie !)* » (*JCP* 2000, I, 237, n°16, note J. Rochefeld).

⁹⁹⁰ C'est notamment le cas de Toullier. V. les développements de M. Latina, *op.cit.*, n°583.

⁹⁹¹ V. Par exemples, Cass. Com., 18 décembre 1962 : *Bull.civ.* 1962, IV, n°522 ; Cass. 3^e civ., 23 janvier 1970 : *Bull.civ.*1970, III, n°357 ; Cass. 3^e civ., 4 novembre 1976 : *Bull.civ.* 1976, III, n°382.

prospère en jurisprudence⁹⁹². La doctrine a également accordé à cette renonciation une place importante⁹⁹³. Cela malheureusement, ne suffit pas à résoudre toutes les difficultés en la matière.

247. Les incertitudes juridiques entourant la renonciation unilatérale La première remarque que nous pouvons faire, c'est la grande incertitude que cette jurisprudence a engendrée sur le plan juridique et pratique. Malgré le nombre impressionnant de décisions consacrant cette renonciation unilatérale, il serait pourtant difficile d'affirmer que cette faculté est solidement établie en droit positif⁹⁹⁴. Car une autre tendance jurisprudentielle non moins négligeable – du moins statistiquement⁹⁹⁵ – se développe en même temps. Cette dernière exclut toute possibilité de renonciation unilatérale une fois la défaillance de la condition acquise⁹⁹⁶. Seule une prorogation du délai peut écarter la caducité du contrat⁹⁹⁷.

Ensuite, à supposer que la renonciation à la caducité soit admise dans son principe, l'incertitude persiste sur le régime de cette faculté. À titre d'illustration, la détermination de « *l'intérêt exclusif* » de la condition en cause n'est pas toujours facile⁹⁹⁸. Une rédaction soigneuse de la condition suspensive est donc fortement recommandée⁹⁹⁹. L'identification de la renonciation pose aussi des difficultés

⁹⁹² V. Parmi de très nombreux arrêts, Cass. Com. 6 févr. 1996: *JCP N 1996. II. 1662, note Petit; RTD civ.* 1996. 613, *obs.* Mestre ; Cass. 3^e civ., 20 juin 2006, n°05-12.319 ; Amiens, 5 avril 2011, *Juris-Data* : n°007763 ; Cass. 3^e civ., 22 mai 2013 : *Bull.civ.* 2013, III, n°585; Aix-en-Provence, 19 juin 2008, *Juris-Data* : 001109; Cass. 3^e civ., 13 octobre 1999, n°97-21.682; Cass. 3^e civ., 11 octobre 2005, n°04-16.944; Paris, 21 mars 2003, *Juris-Data* : n°226284; Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2013 ; n°12-14743. Cass. 3^e civ., 12 janvier 2010 : *Bull.civ.* 2010, III, n°6; Cass. 3^e civ., 31 mars 2005, *préc.*; Cass. 3^e civ., 17 décembre 2008, *préc.*; Cass. 3^e civ.; 15 nov 2011, *préc.* Cass. 3^e civ., 19 octobre 2011, n°10-16.921; Cass. 3^e civ., 17 novembre 2009, n°08-20721.

⁹⁹³ V. Wittmann, *art.préc.*; M. Latina, *op.cit.*, n°583 et s.; B. Nuytten, « La renonciation à la condition suspensive : quand c'est le mécanisme qui défaille » : *RDC.* 2008, p. 959; J-D Pellier, « Le sort du contrat en cas de défaillance de la condition suspensive », *LPA*, 10 avril 2008 n° 73, p. 3.

⁹⁹⁴ Dans ce sens, V. Wittmann, *art.préc.*, pour qui « une telle solution n'est pas acquise avec certitude ». v. cependant, M. Latina, qui souligne « *l'absence de controverse véritable quant à l'existence même d'une faculté unilatérale de renonciation à la défaillance de la condition* ». *op.cit.*, n°582.

⁹⁹⁵ En revanche, ce courant jurisprudentiel est très largement ignoré par la plupart des auteurs.

⁹⁹⁶ Cass. 3^e civ., 14 octobre 2009 : *Bull.civ.* 2009, III, n°223 ; *AJDI.* 2010, 324, *obs.* Prigent ; Cass. 3^e civ., 26 juin 2002, n°01-00181 ; Cass. 3^e civ., 29 mars 2011, n°10-14.664 ; Cass. 3^e civ., 10 octobre 2012, n°11-15.473 ; Poitiers, 30 mars 2010, *Juris-Data* : n°021381. Toulouse, 3 décembre 2001, *Juris-Data*: n°168602 ; Cass. 3^e civ., 9 juin 2009, n°07-15.421.

⁹⁹⁷ Cass. 3^e civ., 29 mai 2013, n°12-17.077 ; Cass. 3^e civ., 3 novembre 2010, n°09-16.541 ; Amiens, 5 avril 2011, *Juris-Data* : n°007763 ; Cass. 3^e civ., 23 janvier 2013, n°11-25.676 ; 11-25.707 ; Cass. 3^e civ., 22 juin 2010, n° 09-68.707 ; Riom, 4 mars 2013, *Juris-Data* : n°004211 ; Basse-Terre, 25 février 2013, *Juris-Data* : n°016149 ; Paris, 8 décembre 2011, *Juris-Data* : n°028269 ; Grenoble, 25 octobre 2011, *Juris-Data* : n°025520 ; Lyon, 2 juin 2009, *Juris-Data* : n°011334 ; Aix-en-Provence, 18 décembre 2008, *Juris-Data* : n°005783. ; Amiens, 13 mai 2014, *Juris-Data* : n°011487; Aix-en-Provence, 8 avril 2014, *Juris-Data* : n°011526; Aix-en-Provence, 8 avril 2014, *Juris-Data* : n°000662; Douai, 25 Juin 2012, *Juris-Data* : n°019807; Aix-en-Provence, 4 septembre 2008, *Juris-Data* : n°001497; Paris, 7 novembre 2007, *Juris-Data* : n°349729; Paris, 24 Octobre 2007, *Juris-Data* : n°344699; Cass. 3^e civ., 9 octobre 2007, n°11-24.308.

⁹⁹⁸ Pour quelques illustrations de cette difficultés : Cass. 3^e civ., 4 juin 2009, n°08-15587. (Une condition dans son intérêt exclusif pour le demandeur, mais dans l'intérêt commun des deux parties selon la Cour de cassation). Cass. 3^e civ., 13 octobre 1999, n°97-21.682.

⁹⁹⁹ Les parties peuvent prévoir clairement que la condition est insérée dans l'intérêt exclusif de l'une d'entre elles. V. Cass. 3^e civ., 1^{re} juillet 2008, n°07-17.232. (Les parties ont prévu la faculté ainsi que sa mise en œuvre). Une bonne rédaction de la condition peut aussi écarter en amont cette faculté de renonciation unilatérale. V. Cass. 3^e civ., 5 décembre 2007, n°06-17.605 ; Cass. 3^e civ., 7 juin 2011, n°10-17.772. D'où la nécessité d'une rédaction soigneuse des conditions suspensives. v. D.

sérieuses. Si le principe général gouvernant la renonciation s'applique aussi en la matière¹⁰⁰⁰, le doute est néanmoins permis pour savoir si le commencement d'exécution suffit à caractériser la renonciation¹⁰⁰¹. En outre, c'est la conséquence d'une telle renonciation qui pose problème : le maintien du contrat dans ses termes initiaux, ou la création d'un nouveau contrat qui se substitue à l'ancien ? La doctrine est largement divisée¹⁰⁰², sans que la jurisprudence ne prenne une position ferme sur ce point¹⁰⁰³.

Pour finir, cette incertitude juridique se dédouble d'une incertitude factuelle, qui se traduit par la période d'attente supplémentaire pour le cocontractant du bénéficiaire, qui se voit priver du droit d'invoquer la caducité du contrat¹⁰⁰⁴. Certes, certaines limites temporelles ont été avancées afin d'atténuer les effets pervers¹⁰⁰⁵ (notamment celle qui oblige le bénéficiaire à renoncer la caducité avant la date de la réitération de vente¹⁰⁰⁶), ces tempéraments s'avèrent pourtant largement insuffisants.

248. Légitimité douteuse de la renonciation unilatérale La deuxième remarque porte sur la légitimité même de cette faculté. L'idée de départ est très simple : la condition-modalité, loin d'être un mécanisme neutre et objectif, est le plus souvent un outil privilégié permettant aux parties de faire entrer dans le contrat divers motifs personnels¹⁰⁰⁷. Ce lien établi entre la condition et l'intérêt des parties ne fait pas de doute, ce qui justifie la renonciation à la *condition pendante* : la condition est insérée

Thiel, De l'intérêt attaché à une rédaction précise des conditions suspensives, *RRJ*, 2002/3, p.1223.

¹⁰⁰⁰ Il faut que la renonciation soit manifestée d'une manière claire et non équivoque. V. Cass. 3^e civ., 11 octobre 2005, n°04-16.944 ; Cass. 3^e civ., 26 mai 1994, n°91-21.529.

¹⁰⁰¹ Une réponse négative : Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 1996, n°93-21.118. (Un commencement d'exécution pour quinze ans). Une réponse positive : Cass. Soc., 1^{er} juillet 2009 : *Bull.civ.* 2009, V, n°165 ; *D.* 2010.871, note F. Lagarde ; *JCP G* 2009, n°574, obs. Mekki ; *LPA* 29 mars 2010, p.15, note Buy. (Un commencement d'exécution de quelques jours suffit à caractériser la renonciation).

¹⁰⁰² Sur cette discussion doctrinale, v. n°583 et s.

¹⁰⁰³ La survie de l'ancien contrat, Cass.com. 6 fév. 1996, précitée; La naissance d'un nouveau contrat, V. Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1964, *Bull. Civ.* 1964, I, n°281; Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1997, *JCP G* 1997, II, 22893, note Billiau.

¹⁰⁰⁴ Cass. 3^e civ., 26 juin 1996 : *Bull.civ.* 1996, III, n°163 ; *Defrénois* 1996. 1359, obs. Delebecque ; Cass. 3^e civ., 7 octobre 1997, n°95-20.918 ; Rouen, 3 avril 2008, *Juris-Data* : n°366737 ; Cass. 3^e civ., 26 mars 2008, *préc.* ; Cass. 3^e civ., 16 décembre 2003, n°02-16.327.

¹⁰⁰⁵ Deux arrêts sont à ce titre riches d'enseignement, dans une première décision (Cass. 3^e civ., 30 novembre 2011, n°10-20.438), La Cour semble considérer, sans le dire expressément, qu'après un certains temps le contrat devient définitivement caduque et la renonciation n'est plus possible). Dans une autre affaire (Paris, 30 juin 2010, *Juris-Data* : n°016959), Les juges d'appels se sont appuyé sur une clause de prorogation de trois mois pour déduire l'intention des parties selon laquelle la vente devait intervenir dans un « délai raisonnable ».

¹⁰⁰⁶ Cass. 3^e civ., 17 déc. 2008, *Bull.civ.* 2008, III, n°211; *JCP* 2009. II. 10047, note Dagorne-Labbé; *Defrénois* 2009. 647, note Savaux. Dans le même sens : Cass. 3^e civ., 19 oct. 2011, n°10-16.921; Cass. 3^e civ., 30 nov. 2011, n°10-20.438.

¹⁰⁰⁷ Sur cette fonction de la condition-modalité, v. *nota.*, M. Latina, *op. cit.*, n°177 et s. « La condition autorise la maîtrise d'un risque de non-survenance ou de disparition de l'intérêt réel d'une des parties au contrat en permettant à un motif-efficient, ou à un motif-but considéré comme essentiel par un contractant, de venir à la vie juridique ». (n°238, p.170).

pour l'une seule des parties parce que sa renonciation ne cause aucun préjudice pour son cocontractant¹⁰⁰⁸.

Mais si le contenu concret de la condition peut être fait en contemplation du seul intérêt d'une des parties, il en va autrement pour le contenant, c'est-à-dire le jeu conditionnel en tant que tel. Le cocontractant a tout intérêt à ce que les relations contractuelles soient régies par le jeu conditionnel, et non pas par l'arbitraire de l'autre partie¹⁰⁰⁹. C'est cette attente légitime qui est méconnue par la renonciation unilatérale à la caducité du contrat.

2. Proposition des solutions mieux adaptées

249. Les cas où la renonciation unilatérale pourrait être exceptionnellement admise Par conséquent, il nous semble que la solution jurisprudentielle actuelle est loin d'être parfaite. Pour donner une réponse plus satisfaisante, il nous semble nécessaire de distinguer plusieurs situations.

La justification d'une telle renonciation réside moins dans l'intérêt que la condition présente pour les parties au moment de la conclusion du contrat, que dans l'absence de préjudice causé à celui qui subit passivement la renonciation lors de son exercice¹⁰¹⁰. Dès lors, la renonciation unilatérale ne serait admise que si son exercice ne nuit pas à l'autre partie. Cela se rencontre principalement dans deux hypothèses. D'une part il s'agit des cas où la condition est défaillie avant l'arrivée du terme prévu pour la réalisation de la condition suspensive. Permettre à l'une des parties de redonner vie au contrat dans la limite du délai convenu ne porte pas atteinte au droit de l'autre¹⁰¹¹. D'autre part il s'agit des cas de figure dans lesquels la renonciation

¹⁰⁰⁸ Une belle illustration nous est donnée par un arrêt du 5 février 1970 (Cass. 3^e civ., 5 février 1970 : Bull.civ.1970, III, n°89). En l'espèce, l'acquéreur avait renoncé à une condition suspensive de l'obtention de construire une clinique. Après avoir constaté que l'acte de vente n'avait pas prévu une obligation à la charge de l'acquéreur de construire effectivement une clinique, et que le vendeur avait reçu la totalité du prix de la vente, la Cour de cassation, à l'instar des juges du fond, ont pu déduire que cette condition ne présentait aucun intérêt pour lui, de sorte qu'il ne pouvait pas déclarer la caducité de la vente. On comprend que derrière cette absence d'intérêt, c'est en réalité l'absence de préjudice qui est en jeu.

¹⁰⁰⁹ Sur ce point, v. L'observation pertinente de B. Nuytten, *art. préc.*, « si la condition est bien stipulée dans l'intérêt de l'acquéreur, le vendeur est néanmoins intéressé au délai qui l'encadre, en ce sens que son expiration sans que la condition soit réalisée lui permet d'être fixé sur l'issue du contrat et, c'est le plus souvent son but, de rechercher un autre cocontractant. On relève d'ailleurs qu'en pratique le réflexe du vendeur est généralement d'enfermer la condition dans un délai relativement bref, afin d'être fixé rapidement ». On peut citer en outre un arrêt éclairant : Cass. 3^e civ., 28 avril 2011, n°10-15630. « si cette condition était stipulée dans l'intérêt du cessionnaire qui pouvait y renoncer, le délai dans lequel devait intervenir sa réalisation était en revanche stipulé dans l'intérêt des deux parties et que si les cessionnaires pouvaient renoncer à cette condition stipulée dans leur intérêt, la renonciation devait intervenir dans le délai fixé pour sa réalisation (...) »

¹⁰¹⁰ Comme l'illustre bien un arrêt de la Cour de cassation (Cass. 3^e civ., 4 novembre 1976, n°75-12.178), dans lequel les juges ont refusé la demande des vendeurs en vue d'obtenir la caducité du contrat, au motif que la défaillance de la condition ne les a pas causé un quelconque préjudice.

¹⁰¹¹ Cette solution est approuvée par une partie de la doctrine. V. B. Nuytten, *art. préc.* ; V. Wittmann, *art. préc.*. La jurisprudence dans ce sens : Cass. Com., 18 décembre 1962, *préc.*

intervient après l'expiration du délai, mais avant la date prévue pour la réitération de la vente. Cette deuxième date, fréquemment prévue dans la pratique, est utilisée par la jurisprudence actuelle comme une limite temporelle encadrant le droit de renonciation unilatérale¹⁰¹². À partir du moment où le principe se trouverait inversé, un nouveau rôle pourrait lui être accordé : il ne s'agit plus d'une limite, mais plutôt d'un cas d'admission pour la renonciation unilatérale. La justification demeure la même : il est dans la prévision du vendeur d'immobiliser son bien jusqu'à la date prévue pour la signature de l'acte authentique. L'examen des décisions nous montre que la caducité invoquée par le vendeur est le plus souvent écartée dans une telle hypothèse¹⁰¹³.

250. La règle de principe : caducité du contrat sauf prorogation conventionnelle En revanche, cette renonciation ne devrait pas être admise chaque fois qu'elle est susceptible de causer un dommage à la partie passive. Le principe serait la caducité de plein droit du contrat sauf prorogation du délai.

Cette solution n'est pas ignorée par le droit français. Comme nous l'avons déjà mentionné, il existe sur la question deux positions jurisprudentielles contradictoires. Un nombre important de décisions énoncent qu'« *en application de l'article 1176 du Code civil, la défaillance de la condition suspensive dans le délai fixé entraîne la caducité du contrat de vente, sauf accord des parties pour une prorogation du compromis* »¹⁰¹⁴. Cette solution présente des avantages indéniables : la caducité de plein droit fait cesser la période d'incertitude et renforce la sécurité des transactions, tandis que son corollaire, à savoir la possibilité de proroger le délai pour la validité de la condition, permet de tempérer la rigidité du mécanisme. En outre, l'origine conventionnelle donne à la prorogation du délai une autre supériorité vis-à-vis de la renonciation unilatérale. Le commun accord limite l'arbitraire du bénéficiaire ainsi que l'incertitude qui en résulte. La prorogation, sauf prévisions initiales des parties¹⁰¹⁵, ne peut pas résulter de la volonté unilatérale d'une des parties¹⁰¹⁶. La

¹⁰¹² V. *supra*, note. 159.

¹⁰¹³ Cass. 3^e civ., 20 juin 2006, n°05-12.319 ; Cass. 3^e civ., 17 novembre 2009, n°08-20721. (Cet arrêt est extrêmement significatif, dans la mesure où la condition s'est réalisée deux jours après l'expiration du délai pour sa validité). V. cependant, Toulouse, 3 décembre 2001, *Juris-Data* : n°168602. « *Le vendeur d'un hangar agricole peut toujours se prévaloir de la défaillance de la condition suspensive d'obtention d'un prêt par l'acquéreur, et ce afin de faire valoir la caducité de l'accord, même si l'acquéreur disposait des fonds nécessaires à l'acquisition antérieurement à la date de réalisation de la condition* ».

¹⁰¹⁴ Riom, 4 mars 2013, *Juris-Data* : n°004213.

¹⁰¹⁵ Il arrive que les parties prévoient dans le contrat une clause de prorogation automatique (Cass. 3^e civ, 27 mars 2008, n°07-11.721) ou bien une faculté de prorogation (Basse-Terre, 25 février 2013, *Juris-Data* : n°016149 ; Paris, 30 juin 2010, *Juris-Data* : n°016959).

¹⁰¹⁶ Jurisprudence constante. v. Cass. 3^e civ, 3 novembre 2010, *préc* ; Cass. 3^e civ, 22 juin 2010, *préc*. La Cour a reprochait le bénéficiaire qui « ne produisait aucune pièce de nature à établir que la volonté commune des parties étaient de proroger à nouveau le délai de réalisation de la vente au-delà du terme du 30 juin 2006 » ; Grenoble, 25 octobre 2011, *préc*.

jurisprudence se montre exigeante sur ce point, notamment dans la caractérisation d'un accord tacite. Des actes actifs et non équivoques sont requis tant pour le bénéficiaire de la condition¹⁰¹⁷ que pour son cocontractant¹⁰¹⁸.

Avec ce nouveau système, les deux solutions jurisprudentielles ne sont plus en contradiction comme elles le sont en droit positif, mais elles constitueraient un ensemble cohérent, chacune des deux solutions régissant un domaine déterminées.

*
* *

251. La conclusion du Chapitre I Pour contrôler le jeu des arrhes, le droit peut d'abord poser des conditions pour sa mise en œuvre.

Cette méthode est particulièrement adaptée pour les arrhes comminatoires. Elle permet d'assurer une proportionnalité entre la peine appliquée et le manquement reproché. Ainsi, pour les arrhes-exécution, le droit chinois exige qu'une inexécution essentielle soit caractérisée. En d'autres termes, l'inexécution doit entraîner une défaillance du but contractuel poursuivi par les parties. Pour les arrhes-promesse, la loi exige que l'échec de la négociation soit imputable à l'un des contractants. Concrètement, les parties ne peuvent pas revenir sur les points déjà arrêtés dans le

¹⁰¹⁷ Cela signifie que le simple silence gardé sur la caducité du contrat ne vaut pas renonciation. V. Cass. Com., 7 octobre 2008, n°07-14.607. *Contra*. M. Latina, *op.cit.*, n°605 et s. L'auteur propose d'inverser le principe : « la condition jouerait dès l'instant de la défaillance de la condition suspensive ou de l'accomplissement de la condition résolutoire, mais uniquement si le bénéficiaire de la condition venait à s'en prévaloir a posteriori ». (n°611, p.458). Il faut pourtant réserver l'hypothèse où ce silence crée chez son cocontractant une croyance légitime fondée, lui conduisant à engager des frais en vue de la réalisation du contrat. Pour une illustration éclairante, v. Paris, 17 mai 2006, *Juris-Data* : n°312283. L'acquéreur, qui a eu connaissance de la défaillance de la condition est resté muet sur ce point, laissant croire implicitement au vendeur qu'il renonçait à cette condition. Le vendeur a consacré du temps pour familiariser l'acheteur avec les techniques de gestion et de travail dans le fonds de commerce, l'acheteur, qui était jusque-là ouvrier-pâtissier, n'ayant aucune expérience pour exploiter le fonds. Dans le même temps, il poursuivait des démarches pour acquérir un autre fonds. Mais dans ce cas, la sanction n'est pas la réalisation forcée du contrat, faute d'un accord commun pour la prorogation du délai. Seul les dommages-intérêts sont alloués. On se rapproche ainsi à la rupture abusive des pourparlers. Ce qui est tout à fait logique : le contrat devenu caduque, les deux parties retrouvent leur totale liberté.

¹⁰¹⁸ Cass. 3^e civ, 3 novembre 2010, *préc* ; Cass. 3^e civ, 23 janvier 2013. « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la société Le Lutin bleu avait présenté au moins une demande de prêt conforme à l'ensemble des caractéristiques stipulées dans la promesse, notamment quant à sa durée, et alors qu'elle constatait que le contrat avait fixé un délai de deux mois pour l'accomplissement de la condition suspensive, la cour d'appel, qui ne pouvait déduire de la seule inaction de la société Grasse la Paoute, une prorogation de ce délai, a violé les textes susvisés* ». Dans ce sens, Paris, 8 décembre 2011, *Juris-Data* : n°028269. L'arrêt décide que la simple inaction ne suffit pas, et il faut que le consentement à une prorogation du délai « se traduit par un comportement actif ». En revanche, le silence gardé sur la proposition de la prorogation ne vaut pas acceptation. Cass. 3^e civ., 29 mai 2013, n°12-17.077. ; Cass. 3^e civ, 25 septembre 2013, n°12-16.345 (poursuivre le contrat malgré la défaillance de la condition : prorogation non équivoque); Cass. 3^e civ, 19 novembre 2013, n°12-15.132 (Le simple pourparler ne vaut pas l'accord pour la prorogation du délai); Paris, 8 décembre 2011, *Juris-Data* : n°028269.

contrat principal, et elles sont en outre tenues d'un devoir de négociation en bonne foi.

Si le contrôle d'admission du jeu des arrhes vise en même temps le mécanisme et la fonction juridique en cas des arrhes comminatoires, il en est autrement pour les arrhes libératoires. Pour ces dernières, les conditions d'admission ne concernent que le mécanisme d'arrhes. Il s'agit d'écarter la perte ou la double restitution des arrhes lorsque son titulaire peut résoudre le contrat en se fondant sur une autre cause légitime. La restitution des arrhes à la suite de la défaillance de la condition suspensive en constitue l'illustration la plus fréquente. En corolaire, l'article 1178 du Code civil permet d'éviter les manœuvres frauduleuses des parties sur le cours normal de l'événement. Cette disposition doit être combinée en droit consumériste avec l'article L312-16 du Code de la consommation. Pourtant, une jurisprudence contemporaine remet en cause l'automaticité du jeu de la condition, solution qui est contestable en théorie et qui pose de sérieuses difficultés dans la pratique.

Chapitre II Le contrôle de l'usage de la convention d'arrhes

252. Plan Comme nous l'avons vu précédemment, l'objet du contrôle juridique est double en ce qui concerne les arrhes. Cette dualité d'objet est obscurcie en présence des arrhes comminatoires, puisque le mécanisme des arrhes participe à réaliser la fonction juridique. Tel n'est pourtant pas le cas pour les arrhes libératoires. Dans ce dernier cas, la fonction libératoire n'étant pas assurée par le mécanisme des arrhes, elle nécessite logiquement un moyen de contrôle qui lui est propre. Ce

contrôle vise à éviter tout usage frauduleux de cette faculté. Il ne s'agit plus d'une logique de sanction contractuelle, mais le contrôle vise à encadrer l'exercice d'un droit subjectif. Or, les arrhes-résolution ne donnent pas aux parties un véritable droit potestatif, ce qui explique ce chapitre dédié uniquement aux arrhes-débit en droit français.

Cela étant, deux dangers peuvent être identifiés concernant les arrhes-débit. En premier lieu, l'existence de la faculté crée une période d'incertitude pour les deux parties (Section I). Il faut ensuite envisager l'abus dans l'exercice de la faculté (Section II).

Section I Incertitude créée par l'existence d'un droit de repentir

253. La théorie de la renonciation constitue le moyen principal pour tempérer l'incertitude créée par l'existence d'une faculté de dédit (§1). Simplement, il y a lieu de se demander si d'autres moyens sont encore concevables (§ 2).

§1 La renonciation à la faculté

254. La renonciation à la faculté constitue un moyen efficace pour contrôler l'incertitude engendrée par la clause de dédit. Nous étudierons successivement la caractérisation (A) et le moment (B) de cette renonciation.

A Caractérisation de la renonciation

255. La nécessité de caractériser la renonciation Étant définie comme « *un acte de volonté unilatérale, abdicatif d'un droit* »¹⁰¹⁹, la renonciation ne pose pas de difficulté si le titulaire de droit l'exprime de manière explicite. Mais la renonciation tacite est aussi admise en droit positif. La recherche de la volonté tacite trouve une limite dans le principe « *la renonciation ne se présume pas* »¹⁰²⁰, qui a été solennellement rappelé par la jurisprudence en matière de dédit¹⁰²¹.

256. Le plan L'examen attentif de la jurisprudence nous conduit à retenir deux critères principaux mis en avant par les tribunaux. Si le commencement d'exécution fait cesser la période d'incertitude (1), l'écoulement du temps pourrait, le cas échéant, produire le même effet (2).

1. Le commencement d'exécution

257. La solution et ses justifications Selon une jurisprudence constante, le commencement d'exécution du contrat vaut renonciation à la faculté de dédit¹⁰²². L'acceptation de la prestation fournie par l'autre produit le même effet juridique¹⁰²³. La jurisprudence est d'ailleurs allée plus loin en considérant que la simple demande d'exécution du contrat suffit à caractériser la renonciation au dédit¹⁰²⁴.

La solution est approuvée par la majorité de la doctrine¹⁰²⁵. Plusieurs arguments sont avancés pour la justifier. En premier lieu, la finalité du dédit n'est pas de permettre au titulaire de revenir sur le contrat déjà exécuté, mais plutôt de retirer le consentement donné à sa formation¹⁰²⁶. Ensuite, cette délimitation temporaire permet

¹⁰¹⁹ P. Raynaud, La renonciation à un droit, *RTD civ.* 1936, n°30, p.791.

¹⁰²⁰ Cass. 3^e civ., 18 janvier 2012, n°11-10389 ; Cass. 2^e civ., 20 juin 2002 : *Bull.civ.*2002, II, n°138.

¹⁰²¹ Cass. 1^{re} civ., 3 octobre 2000 : *Bull.civ.*2000, I, n°231. Censure des décisions qui n'ont pas suffisamment caractérisé la renonciation : Cass. 1^{re} civ., 3 octobre 2000, *préc.* ; Cass. 3^e civ., 6 juin 1974 : *Bull.civ.*1974, III, n°232 (Le simple fait pour l'acheteur d'accepter de payer plus cher ne vaut pas renonciation à la faculté de dédit). Versailles, 6 mars 1996 : *Juris-Data* : n°041941. (L'attestation de libération de la mission de coopération en qualité de VSNE délivrée par l'employeur ne saurait constituer une renonciation de l'employeur à se prévaloir de la clause de dédit).

¹⁰²² Rouen, 19 avril 1997, *Juris-Data* : n°057546 (règlement partielle du prix) ; Bordeaux, 19 décembre 1991, *Juris-Data* : 051090. (commencement d'exécution par le cédant).

¹⁰²³ Cass. 3^e civ., 28 janvier 1971 : *Bull.civ.*1971, III, n°67 ; Pau, 28 avril 1994, *Juris-Data* : n°045186 ;

¹⁰²⁴ Cass. 3^e civ., 18 octobre 1968 : *Bull.civ.*1968, III, n°401. (Manifestation de la volonté de signer l'acte dans des termes non équivoques). Cass. 3^e civ., 11 janvier 1977, n°75-13.345. (Volonté résultante d'une lettre postérieure à la conclusion du contrat).

¹⁰²⁵ L. Boyer, *op.cit.*, n°5, pp.47-48 ; C. Humann, *op.cit.*, n°18 ; Y. Dagorne-Labbe, *op.cit.*, n°96, p.123 et s. ; M. Mignot, *Juri.Cl. Civil Code, art. 1590*, n°65 et s. ; Baudry-Lancantinerie et Saignat, *op.cit.*, n°81.

¹⁰²⁶ C. Humann, *op.cit.*, n°18 : « *On voit mal, en effet, comment renoncer à ce qui a déjà été exécuté. En conséquence, si la faculté confère un droit de révocation à son titulaire, ce droit ne concerne pas l'exécution d'une obligation mais simplement la parole donnée quant à la conclusion définitive du contrat* ».

de la distinguer des clauses voisines : la clause de rachat¹⁰²⁷ ou encore la clause de résiliation anticipée¹⁰²⁸. Pour finir, le risque de la mauvaise foi du titulaire trouve considérablement encadré¹⁰²⁹.

2. L'écoulement du temps

258. Le facteur temps joue un rôle central en la matière Le facteur temps joue un rôle décisif dans la caractérisation d'une renonciation tacite au dédit. Les juges y font parfois référence en même temps qu'ils constatent le commencement d'exécution¹⁰³⁰. Dans ces hypothèses néanmoins, le temps n'est qu'un élément complémentaire, qui renforce la conviction des juges sur l'existence d'une renonciation.

Parfois et de manière plus audacieuse, les juges vont déduire cette volonté tacite de renonciation du simple écoulement du temps entre la conclusion du contrat et l'exercice de la faculté. Le temps joue ici un effet extinctif du droit, comme en matière de prescription extinctive. Un arrêt rendu par la troisième Chambre civile du 28 janvier 1971¹⁰³¹ est à ce titre exemplaire. Selon la Haute juridiction, « *l'intention des parties était de permettre à Barbier et à Cavaglia de se dédire dans un délai très bref* ». Dans une autre affaire¹⁰³², la Cour de cassation a développé un raisonnement analogue, considérant que chacune des parties « *devait perdre la faculté de se dédire si elle n'en usait immédiatement après avoir été mise en demeure par l'autre d'exécuter la promesse de vente ; (...)* ».

Ces solutions originales¹⁰³³ nous montrent, une fois de plus, l'essence même cette faculté : le dédit est fondamentalement temporel.

¹⁰²⁷ L. Boyer, *op.cit.*, n°5, pp.47-48.

¹⁰²⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, n°490.

¹⁰²⁹ Y. Dagonne-Labbe, *op. cit.*, n°96 : « *En effet, permettre l'exercice de la faculté de dédit alors que le contrat est en cours d'exécution ou, a fortiori, exécuté, c'est admettre la mauvaise foi du bénéficiaire et tolérer un préjudice grave à la charge de l'autre partie qui, bien que recevant l'indemnité de dédit, ne se trouve souvent que partiellement dédommagé* ».

¹⁰³⁰ Cass. 3^e civ., 28 janvier 1971 : *Bull.civ.*1971, n°67. (Le vendeur a laissé, pendant 5 ans, consigner le prix de la vente entre les mains du notaire chez qui devait être signé l'acte authentique, avant d'exercer son droit de dédit). Cass. Com., 3 juillet 1967, *Bull.civ.* 1967, IV, n°274. (Outre le fait que les vendeurs ont accepté sans protestation un chèque de paiement, la Cour de cassation a notamment relevé le fait que « *leur première manifestation contraire étant du 11 janvier 1962, c'est-à-dire singulièrement tardive* ». Cass. 3^e civ., 8 juillet 1981, n°80-13.072. « *...qu'il constate que les époux Comotti avaient laissé à Guidi pendant plusieurs années la jouissance du terrain sans jamais lui réclamer aucune rémunération de ce chef; qu'il ajoute que ceux-ci avaient accepté sans réserve de recevoir des paiements à valoir sur le solde du prix et qu'à part un reliquat que guidi offrait de régler, le prix du terrain avait été intégralement payé; que de ces constatations et énonciations l'arrêt a pu déduire que les époux Comotti avaient renoncé à exercer leur faculté de dédit* ».

¹⁰³¹ Cass. 3^e civ., 28 janvier 1971, préc.

¹⁰³² Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1961 : *Bull.civ.*1961, I, n°318.

¹⁰³³ On notera que la même solution n'a pas permise en cas de confirmation tacite. V. par exemple, Cass. 3^e civ., 20 novembre 1974 : *Bull.civ.*1974, III, n°421 : « *le seul fait d'avoir laissé la demoiselle X... en possession des lieux pendant plusieurs années sans engager l'action en nullité n'impliquait pas, de sa part, la volonté de confirmer le bail litigieux* ».

B Moment de la renonciation

259. La difficulté de déterminer le moment en cas du contrat d'assurance-vie

La réponse à cette question paraît *a priori* évidente : la renonciation peut intervenir tant que subsiste la faculté de dédit. En revanche, la faculté une fois exercée, il ne serait plus possible de revenir sur cette décision, le contrat étant anéanti rétroactivement. Certains arrêts de la Cour de cassation semblent s'orienter dans cette direction¹⁰³⁴. Pourtant, une jurisprudence développée en matière d'assurance-vie aurait néanmoins pour effet de perturber la certitude acquise.

L'article L.132-5-1 du Code des assurances confie au souscripteur personne physique une faculté de repentir pendant un délai de trente jours une fois qu'il est informé sur la conclusion du contrat. Le point de départ de ce délai est néanmoins reporté en cas de manquement de l'assureur à son obligation d'information imposée par l'article L. 132-5-2 du même code.

Selon la jurisprudence, la renonciation à ce droit présente quelques originalités par rapport à celle admise en droit commun. Le commencement d'exécution antérieure à l'exercice du dédit n'établit pas une renonciation au droit de rétractation¹⁰³⁵. Cette renonciation est en revanche permise si les actes d'exécution interviennent une fois le dédit exercé¹⁰³⁶. « *Cette jurisprudence établit ainsi une distinction entre droit de renonciation né, mais non encore exercé : on ne peut pas y renoncer ; et droit de renonciation, né bien sûr, mais précédemment exercé : on peut alors y renoncer* »¹⁰³⁷. La mise en œuvre de cette distinction n'est pas toujours évidente, ce qui est une source d'insécurité juridique importante¹⁰³⁸.

¹⁰³⁴ V. Par exemple, Cass 3^e civ., 20 juin 2012, n°11-17.384. (L'exercice du dédit, même non acceptée par l'autre, anéantit le contrat) ; Cass. 3^e civ., 13 février 2008 : Bull.civ.2008, III, n°28 ; D. 2008. 1530, note Dagorne-Labbe ; *ibid.* Chron. C. cass. 1230, obs. Nési ; JCP E 2008, n° 37, p. 25, obs. Stoffel-Munck ; CCE 2008, n° 91, obs. Stoffel-Munck. (impossibilité de revenir sur l'exercice de la rétractation, même si le délai légal n'est pas encore expiré). Cass. 3^e civ., 13 mai 2012 : Bull.civ.2012, III, n°41. (Une fois exercé, le dédit ne peut plus être renoncé).

¹⁰³⁵ Cass. 2^e civ., 22 octobre 2009, n°08-16682 ; Cass. 2^e civ., 7 mars 2006, n° 05-12338, BC II n° 63, p. 57, RGDA 2006, p. 481, note J. Kullmann ; JCP 2006.I.135, note L. Mayaux ; Cass. 2^e civ., n°11-13707 ; Cass. 2^e civ., n°10-24430, RGDA 2012, 766, note J. Kullmann.

¹⁰³⁶ Cass. 2^e civ., 8 juillet 2010, n°09-68864 (la demande du versement du capital décès) ; Cass. 2^e civ., 25 février 2010 : Bull.civ. 2010, II, n°43 (prolonger la délégation au profit d'un tiers) ; Cass 2^e civ., 4 février 2010, n°08-21.367 ; Cass 2^e civ., 4 octobre 2012, n°11-26.043 (le nantissement du contrat).

¹⁰³⁷ J. Kullmann, note sous Cass. 2^e civ., 8 juillet 2010, RGDA. 2010, 1121.

¹⁰³⁸ Pour un exemple qui illustre toute la subtilité dans cette construction jurisprudentielle, Cass. 2^e civ., 8 mars 2012, n°10-27. 650, avec la note critique de P.-G. Marly, L'ESSENTIEL Droit des assurances, 10 avril 2012 n°4, p.5. (La prolongation du nantissement, contrairement à sa constitution, n'est pas un acte d'exécution susceptible d'emporter la renonciation du dédit

260. Appréciations critiques du droit positif : trois situations à distinguer

Pour apprécier le bien-fondé d'une telle solution, il serait préférable de bien distinguer trois situations : la renonciation intervenue avant l'expiration du délai de 30 jours, pendant le délai prorogé, ou enfin celle intervenue après l'exercice du droit de renonciation.

261. L'exécution intervenue avant l'expiration du délai de 30 jours ne vaut pas renonciation au droit de rétractation : une solution juste

Dans une telle hypothèse la solution actuelle pourrait être défendue. Cela s'explique par le caractère protecteur de la renonciation légale. L'instauration de cette faculté au profit du souscripteur est « *de le protéger contre son impulsivité, éventuellement encouragée par des vendeurs trop empressés* »¹⁰³⁹. Cet objectif ne pourrait être atteint que si le délai de trente jours présente un caractère intangible¹⁰⁴⁰. Le risque d'abus de la part du souscripteur est sensiblement encadré par le brièveté du délai ainsi fixé.

262. L'exécution intervenue pendant le délai prorogé ne vaut pas une renonciation au droit de rétractation : une solution contestable

Commentant l'évolution contemporaine de l'obligation de renseignement, le Professeur Nicolas Molfessis a mis en avant une *summa divisio* concernant l'objet que porte l'information : « *Là où une partie des informations qui doivent être transmises concerne des données factuelles intéressant le contrat et son environnement, d'autres s'en distinguent en ce qu'elles portent non plus sur un élément matériel, mais sur une donnée juridique* »¹⁰⁴¹. Dans cette deuxième catégorie, « *c'est le droit qui fait la matière même de l'information. Il s'agit de transmettre des éléments de nature juridique à travers l'obligation contractuelle d'information* »¹⁰⁴². L'information exigée par L'article L. 132-5-2 du Code des assurances constitue bien une illustration remarquable de ce que l'auteur appelle une « *éducation juridique* »¹⁰⁴³ du contractant. Ce texte a pour but d'informer au souscripteur l'existence à son profit d'un droit de renonciation. Une telle diffusion des règles de droit est nécessaire dans une société

exercé).

¹⁰³⁹ J. Bigot, Ph. Baillot, J. Kullmann, L. Mayaux, *Les assurances de personnes*, T.4, LGDJ, 2007 ; n°229 ; p.163-164.

¹⁰⁴⁰ Un rapprochement peut être fait avec le délai de réflexion pendant lequel le contrat ne peut pas être valablement conclu.

¹⁰⁴¹ N. Molfessis, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges J. Hauser*, Lexis Nexis, Dalloz, n°6, p.931.

¹⁰⁴² *Ibid.*, n°6, p.931.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, n°6, p.931.

dont la complexité échappe de plus en plus à la connaissance des profanes. Encore faut-il fixer une sanction adéquate en cas de violation de ces informations « *pédagogiques* ». C'est sur ce point que le choix législatif nous paraît discutable. Au lieu de sanctionner les assureurs « *négligents* »¹⁰⁴⁴, ce texte est devenu le terrain d'élection pour les manœuvres frauduleuses des souscripteurs¹⁰⁴⁵, « *outil merveilleux permettant de jouer sans crainte sur les marchés financiers* »¹⁰⁴⁶. Ces pratiques sont d'ailleurs encouragées indirectement par la Cour de Cassation qui refuse d'exercer un contrôle de bonne foi en la matière¹⁰⁴⁷. En plus, elle considère que ce droit n'était né qu'à partir du moment où le souscripteur était informé conformément à l'exigence légale¹⁰⁴⁸. Or, un tel raisonnement procède d'une lecture dénaturée du texte légal¹⁰⁴⁹. La solution méconnaît en outre la finalité de la règle en jeu. Ce droit de renonciation vise à lutter contre une réflexion prématurée des souscripteurs sur l'opportunité du contrat d'assurance. Dès lors, il ne pourrait être exercé que pendant un bref délai¹⁰⁵⁰. Il est certes louable de sanctionner l'assureur négligent qui ne fournit pas à son contractant les informations requises, mais l'allocation des dommages-intérêts serait une solution plus adéquate. Sanctionner ce manquement en redonnant vie à une faculté longtemps expirée ne nous convainc pas. En effet, il est quasiment certain que le souscripteur n'en aurait pas fait usage s'il avait été bien informé lors de la conclusion du contrat. À la limite, le souscripteur devrait prouver qu'il aurait renoncé au contrat dans le délai de trente jours s'il avait été informé de l'existence de la faculté. C'est pourtant une 'prolongation' automatique du délai qui est actuellement retenue en droit positif.

¹⁰⁴⁴ Qui est loin d'être le cas en pratique. V. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011, n°321, pp.221-222 : « ...s'il est des assureurs effectivement négligents qui ont omis telle ou telle information légale, la plupart ont été surtout piégés par une pratique de place ayant reçu, à l'époque de son instauration, l'aval des organisations de consommateurs et de l'autorité de tutelle, selon laquelle (et sous réserve de l'indiquer dans le document) les conditions générales du contrat pouvaient valoir note d'information. Or, une loi postérieure a exigé les deux documents, à savoir le contrat et son résumé ».

¹⁰⁴⁵ C'est ainsi que le droit de renonciation est souvent invoqué plusieurs années après la conclusion du contrat.

¹⁰⁴⁶ L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, lextenso édition, 2011, p.222.

¹⁰⁴⁷ Cass. 2^e civ., 15 décembre 2011, n°10-24.430. Sur une critique sévère de cette solution jurisprudentielle, v. J. Kullmann, , in *Mélange Bigot*, LGDJ, 2010 ; p. 215.

¹⁰⁴⁸ V. par exemple, 8 mars 2012, n°10-27.650 : « que si M. X a nanti en novembre 1999 et décembre 2000 ses contrats d'assurance sur la vie, il n'a pu renoncer par avance à une faculté de renonciation d'ordre public qui n'était pas née, et qu'il n'a exercée qu'en septembre 2003 ». Dans le même sens, Cass. 2^e civ., 15 décembre 2011, *préc.*

¹⁰⁴⁹ Selon ce texte, le droit de renonciation naît une fois le souscripteur prend connaissance sur la conclusion du contrat. L'article L.132-5-2 ne remet pas en cause la date de naissance du droit de renonciation, dans la mesure où il parle de la « prolongation du délai ». Comme l'a parfaitement démontré un auteur (J.Kullmann, note sous Cass. 2^e civ, 8 mars 2012, *RGDA*. 2012, 769), « on cherche vainement à concevoir un délai qui peut être prorogé sans avoir jamais couru... ».

¹⁰⁵⁰ Ne constituerait-il pas une preuve solide de l'opportunité de l'opération pour le souscripteur si celui-ci l'a maintenu pendant des années ?

263. L'exécution intervenue après l'exercice du droit de rétractation vaut renonciation : une remède critiquable C'est sans doute pour remédier à cette « *pathologie de la protection du souscripteur* »¹⁰⁵¹ que la jurisprudence a admis la possibilité de renoncer au droit de rétractation postérieurement à son exercice. Compréhensible sur le plan pratique, une telle solution dénature cependant la notion de rétractation. Ne faudrait-il pas considérer qu'un nouvel accord tacite vient de remplacer le précédent qui se trouve d'ores et déjà disparu à cause de la renonciation consommée ? La réticence du juge à entreprendre une telle voie est d'ailleurs compréhensible. En effet, ce nouveau contrat une fois né, il sera immédiatement gouverné par le formalisme obligatoire imposé par la loi, et notamment une faculté de rétractation ! En bref, la renonciation au droit de rétractation est le seul moyen pour le juge de s'en débarrasser une fois pour toute.

L'équilibre est-il retrouvé par la combinaison de ces deux solutions ? Rien n'est moins certain. La subtilité des solutions est un mal en soi : en rendant aléatoire l'issue du procès, la solution actuelle dissuade le plus souvent les parties faibles d'aller plaider. En outre, il est à craindre que cette jurisprudence encourage des comportements malhonnêtes. Le souscripteur n'invoque que tardivement son droit de rétractation, et l'assureur traîne passivement la situation pour que son contractant désespéré fasse à nouveau le moindre acte d'exécution après avoir manifesté vainement son intention de se dédire. La quête pour « *l'effet prophylactique* »¹⁰⁵² du droit ne militerait-t-il pas pour une autre solution ?

Pour finir, il faut noter que la même solution s'applique désormais à la rétractation en droit de la consommation¹⁰⁵³.

264. Une solution à abandonner En définitive, la solution en matière des assurances-vie est loin d'être satisfaisante¹⁰⁵⁴. Il serait préférable de revenir sur la solution orthodoxe : l'exercice du dédit met fin au contrat, et sa renonciation ultérieure ne doit pas être admise.

¹⁰⁵¹ F. Leduc, Ph. Pierre, M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008, n°2146, p. 1440.

¹⁰⁵² Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Mélanges J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.669 et s. *spéc.*, n°3, p.670 : « *Le droit tout entier est-il prophylactique ? D'une certaine manière, tout système de droit, au moins lorsqu'il est bon, présente dans son ensemble un caractère prophylactique, en incitant à la justice et dissuadant de l'injustice* ».

¹⁰⁵³ Art.121-21-1 du Code de la consommation : « *Lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2o du 1 de l'article L. 121-17, le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article L. 121-21.*

« *Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations* ».

¹⁰⁵⁴ L. Mayaux a présenté la renonciation et prorogation en assurance-vie comme un « *couple diabolique* », v. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, *op.cit.*, p.221.

§2 Autres moyens concevables

265. La transposition d'une solution en promesse unilatérale de vente La clause de dédit est par essence temporaire¹⁰⁵⁵. Son exercice devrait être limité dans un délai relativement court. En l'absence de délai conventionnel, certains auteurs¹⁰⁵⁶ proposent de transposer en la matière une solution admise pour la promesse unilatérale. Le créancier peut mettre en demeure le débiteur afin que ce dernier exerce son dédit dans un délai raisonnable¹⁰⁵⁷.

266. La durée comme une condition de validité de la faculté Une autre voie concevable consiste à faire de la durée une condition de validité du dédit.

Il arrive que la durée joue un rôle important pour la validité de certaines clauses. C'est ainsi que la clause de non-concurrence¹⁰⁵⁸ en droit du travail, et la clause d'inaliénabilité¹⁰⁵⁹ grevant une libéralité doivent impérativement être temporaires. Dans certaines hypothèses, le législateur est allé plus loin jusqu'à fixer un délai maximum¹⁰⁶⁰.

La question se pose quant à la sanction applicable en cas de violation de ces règles. Parfois, le législateur prévoit lui-même la sanction encourue. C'est ainsi que l'article 1660 du Code civil dispose qu'en cas de dépassement du délai de cinq années, la faculté de rachat « *est réduite à ce terme* ». Mais le plus souvent, les textes législatifs sont silencieux sur ce point, et il revient à la jurisprudence de trancher au cas par cas.

¹⁰⁵⁵ L. Boyer, *op.cit.*, n°13, p.55 ; J.-J. Taisne, note sous l'arrêt de la 3^e civ, 11 mai 1976, *D.* 1978, p.269.

¹⁰⁵⁶ L. Boyer, *op.cit.*, n°13 ; Redouin, *Des arrhès en droit français*, thèse paris, 1935, p.191.

¹⁰⁵⁷ Cass. Civ., 10 juin 1941, *D.H.* 1941. 274 ; Cass. Civ., 4 avril 1949, *D.* 1949. 316 ; Bordeaux, 29 juin 1964 : *Gaz.Pal.* 1964, 2, 362. La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de prononcer en ce sens.

¹⁰⁵⁸ Cass. Soc., 10 juillet 2002 : *Bull.civ.*2002, V., n°239 ; *D.*2002. 2491, note Y. Sarra ; *D.*2002, *Somm.* 3111, obs. J.Pélissier ; *Dr.soc.* 2002, 954, obs. R. Vatinet ; *GADT*, 4^e édition, n°46 : « *Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* ».

¹⁰⁵⁹ L'art. 900-1 du Code civil.

¹⁰⁶⁰ L'art. 1873-3 du Code civil (5 ans pour la convention d'indivision) ; L'art. 1660 du Code civil (5 ans pour la vente à réméré), L'art. 330-1 du Code de commerce (10 ans pour la clause d'exclusivité), L'art. 132-4 du Code de propriété intellectuelle (5 ans Pacte de référence en droit d'auteur) ; L.581-25 du Code de l'environnement (6 ans pour la location d'emplacement publicitaire).

La sanction de réduction du délai excessif semble bénéficier « *d'une certaine faveur de la part des tribunaux* »¹⁰⁶¹ dans des cas où le délai maximum est fixé par la loi. Ainsi, la clause d'exclusivité dépassant le délai impératif de dix ans n'est pas nulle, il y a lieu de sauver la clause tout en ramenant le délai à celui légalement prévu¹⁰⁶². Il en va de même en matière de location d'emplacement publicitaire¹⁰⁶³. Le doute est en revanche permis concernant le droit d'auteur. Si en principe le pacte de préférence de la cession des œuvres futurs pour une durée supérieure à 5 ans est sanctionné par la nullité¹⁰⁶⁴, certains arrêts pourraient être interprétés comme consacrant la réduction du délai excessif¹⁰⁶⁵, sanction qui est diversement appréciée en doctrine¹⁰⁶⁶.

En revanche, lorsque la loi se contente d'affirmer le caractère temporaire du droit sans fixer un délai maximum, c'est normalement la nullité de la clause qui trouve à s'appliquer¹⁰⁶⁷. La possibilité d'une réduction n'est en revanche pas exclue, ce dont témoigne le contentieux des clauses de non-concurrence¹⁰⁶⁸.

En ce qui concerne la clause de dédit, rien n'empêche que le législateur fixe un délai maximum pour l'exercice de cette faculté. Ce serait sans doute la voie la plus simple à suivre.

Section II De l'abus dans l'usage du droit de repentir

¹⁰⁶¹ D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, thèse, LGDJ, 2005, n°225, p.238.

¹⁰⁶² V. Cass. Com., 1^{er} décembre 1981 : *Bull.civ.*1981, IV, n°423 ; Cass. Com., 10 février 1998 : *Bull.civ.*1998, IV, n°71 ; CCC. 1998, n°55, obs. Leveneur ; *RTD com.* 1998. 911, obs. Bouloc.

¹⁰⁶³ Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2002, *Bull.civ.*2002, I, n°270.

¹⁰⁶⁴ Paris, 17 sept. 1997 : *D.* 1999. *Somm.* 68, obs. Colombet.

¹⁰⁶⁵ Paris, 29 janv. 1991 : *RIDA* juill. 1991, p. 219, note Gautier.

¹⁰⁶⁶ Pour une telle sanction : H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 2^e édition, 1973, Dalloz, n°540 : « *il serait excessif de détruire tout l'édifice du seul fait que le délai stipulé excède la limite légale ou que le nombre de volumes dépasse le maximum permis* ». En ce sens, P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 7^e édition refondue, Puf, 2010, n°510. Hostile à une telle sanction, F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°1061 : « *Lorsque l'une des trois conditions de validité du pacte de préférence fait défaut, la sanction est la nullité de ce pacte. Une partie de la doctrine suggère de ne pas l'annuler mais de le réduire, c'est-à-dire de ramener le droit de préférence au « quantum » légal mais, outre que, en pratique ; la rédaction de la clause litigieuse risque de rendre problématiques les modalités de la réduction, cette façon de procéder semble bien trop généreuse à l'égard de la fraude commise par l'éditeur et la jurisprudence ne donne aucun exemple de réduction, se contentant d'annuler le pacte – à juste titre à notre avis* ».

¹⁰⁶⁷ V. L'exemple de la clause d'inaliénabilité perpétuelle, Aix-en-Provence, 21 janvier 1999 : *Dr.fam.* 2000, n°122, note Fouquet. La même solution s'applique en cas de dédit-formation, v. Reims, 27 mai 2003 ; *Juris-Data* : n°225226.

¹⁰⁶⁸ Cass. Soc. 18 septembre 2002 : *Bull.civ.*2002, V, n°272 ; *Dr.soc.* 2002. 1007, obs. Vatinet ; *D.* 2002. 3229, note Serra ; *JCP G* 2003, I, 130, n°2, obs. Morvan ; *RDC* 2003. 150, obs. Radé. Cet important arrêt consacre le principe général de la réduction concernant le temps, l'espace et les autres modalités. Pour la réduction du délai excessif, v. Riom, 26 mars 2002, *Juris-Data* : n°189772 ; Rennes, 22 février 2001, *Juris-Data* : n°150534.

267. En droit français, la possibilité même du contrôle d'abus en matière de dédit peut faire l'objet d'une discussion (§1). La nécessité d'un tel contrôle une fois établie, nous pouvons ensuite examiner la réalité de celui-ci (§2).

§1 La possibilité du contrôle

268. Selon une partie de la doctrine, certains droits subjectifs échappent à tout contrôle juridique. Divers noms ont été donnés par les auteurs : les droits « *non causés* » ou « *abstraits* »¹⁰⁶⁹, les droits « *absolus* »¹⁰⁷⁰, ou encore « *arbitraires* »¹⁰⁷¹. Mais la dénomination la plus répandue c'est sans doute celle de droits discrétionnaires, notion employée pour la première fois par Rouast dans un article devenu classique en la matière¹⁰⁷².

Il y a lieu de se demander si la faculté de dédit constitue un droit discrétionnaire, échappant ainsi à tout contrôle lors de sa mise en œuvre. Non seulement une telle qualification nous paraît contestable (B), mais en plus la légitimité même de la catégorie peut être discutée (A).

A Droit discrétionnaire, une catégorie discutée

269. Le destin de la théorie du droit discrétionnaire est plutôt sombre : « *cette barrière prétorienne semble aujourd'hui désuète et, en tout cas, fortement contestée* »¹⁰⁷³. Les critiques à son encontre sont de deux ordres : outre l'impossibilité de déterminer le contenu précis que couvre cette catégorie (1), le manque de justification fondant une telle notion exorbitante est aussi à dénoncer (2).

1. Impossibilité de déterminer le domaine

¹⁰⁶⁹ Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, 2^e édition, Dalloz, n°306.

¹⁰⁷⁰ H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.2, v.1, 9^e édition, par F. Chabas, n°459, p.481.

¹⁰⁷¹ Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e édition, LGDJ, 1949, n°100, p.174.

¹⁰⁷² A. Rouast, « Droits discrétionnaires et droits contrôlés », *RTD.civ.* 1944, p.1.

¹⁰⁷³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, n°740, p.796.

270. Identification des droits discrétionnaires : une tâche difficile Une chose est certaine : les droits discrétionnaires n'ont qu'un statut exceptionnel en droit positif¹⁰⁷⁴. Mais le consensus s'arrête là. Il n'existe pas une liste exhaustive de ces droits absolus reconnus par tous les auteurs. Le législateur définit rarement un droit comme discrétionnaire¹⁰⁷⁵, et dans la majorité des cas, il appartient au juge de décider si un droit relève ou non de cette catégorie. Or, « *ce n'est pas parce qu'un abus allégué n'est pas retenu dans une affaire, ni a fortiori parce qu'aucune décision judiciaire sanctionnant un usage abusif de droit ne peut être citée, que l'on peut en conclure à l'existence d'un secteur échappant au contrôle. Il faudrait des décisions se fondant expressément sur le caractère absolu du droit* »¹⁰⁷⁶. Les juges le font dans certains cas¹⁰⁷⁷, dont le nombre est extrêmement limité. Une incohérence peut encore être soulignée à propos de certains droits¹⁰⁷⁸.

Quant à la doctrine, certains auteurs n'hésitent pas à qualifier un droit comme discrétionnaire alors même qu'aucune décision n'est rendue en ce sens¹⁰⁷⁹. Après avoir cherché en vain un critère fiable permettant d'identifier les droits discrétionnaires¹⁰⁸⁰, la plupart des auteurs deviennent sceptiques à la faisabilité d'une telle démarche : il faudrait justifier au cas par cas le caractère absolu du droit en cause¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁴ V. Ripert, *op.cit.*, n°100, p.174 ; G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e édition, Montchrestien, 2007, n°148 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 13^e édition, Montchrestien, 2012, n°553.

¹⁰⁷⁵ Un des rares exemples nous est donné par les articles 173 et 179 du Code civil, qui consacre le droit pour les ascendants de faire opposition au mariage de leurs descendants.

¹⁰⁷⁶ V. J. Ghestin, G.Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e édition, LGDJ, 1994, n°775.

¹⁰⁷⁷ V. par exemple, le droit de révoquer un testament : Cass. 1^{re} civ., 30 novembre 2004 : *Bull.civ.*2004, II, n°297 ; *Deffrénois* 2005, 761, *chron.* Raoul-Cormeil. Ou le droit pour un assuré de refuser au contrat d'assurance sur la vie, Cass. 2^e civ., 7 mars 2006, *JCP G* 2006, II, note Descorps Declère.

¹⁰⁷⁸ En matière de droit de réponse, une jurisprudence traditionnelle avait consacré son caractère discrétionnaire (Civ. 21 mai 1924, DP 1924, I, 97, note Josserand), mais un arrêt récent a jeté un doute sur cette position classique. (Cass. Crim., 16 mai 1996, D.1996, 462, note C. Bigot). Il en va de même en matière de droit moral des auteurs. Pour le qualificatif discrétionnaire du droit : Civ. 1^{re}, 5 juin 1984: *Bull. Civ.*1984, I, n° 184; *D.* 1985. IR 312, obs. Colombet; *RIDA* avr. 1985, p. 150; *Gaz. Pal.* 1984. Pan. 332. Dans le sens inverse : Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *D.* 1992. *Somm.* 15, obs. Colombet; *JCP G* 1991. II. 21760, note Pollaud-Dulian; *RIDA* janv. 1992, p. 272, note Sirinelli.

¹⁰⁷⁹ Sur ce phénomène, v. D. Roets, Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? *D.* 1997, 92.

¹⁰⁸⁰ Ce fut notamment le cas pour Josserand et Ripert. D'après ce premier, le caractère absolu de certains droits se justifie par un encadrement législatif détaillé : « *En général, ces prérogatives asociales ont des contours nettement arrêtés : le défaut de limitation subjective est rendu supportable par l'existence de frontières objectives très étroites ; le législateur a fait la part du feu* ». (Josserand, *op.cit.*, n°306, p.416). Pour ce dernier, « *Cet arbitraire est nécessaire, parce que le titulaire est le seul juge du devoir qui lui incombe. Quand on fait reposer la théorie de l'abus du droit sur le fondement moral, tout cela devient parfaitement clair. Pour apprécier l'abus, il faut que le juge puisse juger la valeur des sentiments qui font agir une personne. Or, il est des motifs qui sont tellement personnels qu'aucune appréciation n'est possible* ». Sur l'insuffisance de ces deux thèses, v. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz 2007, n°304 et s. ; J. Ghestin, G.Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, n°774.

¹⁰⁸¹ V. J. Dabin, *op.cit.*, p.307 : « *En réalité, le cas des droits discrétionnaires, en matière de droits égoïstes, ne comporte aucune explication générale : chacun des droits doit être traité à part, parce que le motif du privilège d'immunité qui lui est accordé, à tort ou à raison, dépend de sa nature et de sa signification particulière* ». D.Roets, *art. préc.*, : « *Consacrer le caractère discrétionnaire d'une prérogative, c'est, en somme, en voulant tenir pour nécessairement licite son exercice, consacrer une fiction. Il n'y a donc pas, dans cette optique, une question des droits discrétionnaires, mais autant de questions que de droits discrétionnaires ou susceptibles de l'être. Il importe donc, pour apprécier l'opportunité du caractère absolu de chacun des droits concernés, de mettre en balance le résultat visé par la fiction et l'exigence d'équité qu'incarne la théorie de l'abus de droit* ».

Cette catégorie est source d'incertitude en droit positif. Son maintien ne serait souhaitable que si elle présente une nécessité pratique. Malheureusement, rien n'est certain sur ce terrain.

2. Fragilité des justifications avancées

271. La proposition doctrinale de Roets L'imprécision du domaine constitue déjà un fort argument défavorable pour une catégorie juridique. « *C'est toutefois aller un peu vite en besogne que de conclure à l'absence de toute explication théorique de l'existence de droits discrétionnaires* »¹⁰⁸². L'observation est certainement juste, et selon Damien Roets, « *la catégorie peut s'avérer être un précieux outil de politique juridique* » à condition qu'elle soit « *utilisée à bon escient* »¹⁰⁸³. L'idée est que dans certains domaines, il y a lieu de neutraliser exceptionnellement le contrôle d'abus au profit des considérations socio-politiques plus importantes. L'auteur nous invite à entreprendre une approche casuistique : « *Il importe donc, pour apprécier l'opportunité du caractère absolu de chacun des droits concernés, de mettre en balance le résultat visé par la fiction et l'exigence d'équité qu'incarne la théorie de l'abus de droit* »¹⁰⁸⁴.

272. Appréciation critique de cette thèse L'opinion de Roets comporte une part de vérité indéniable. Il est communément admis que le seuil d'abus varie selon les droits en question, et on peut parfaitement admettre que certains droits, compte tenu des circonstances particulières¹⁰⁸⁵, sont moins susceptibles d'abus que d'autres. Mais « *de là à dire que dans de tels secteurs l'abus n'est pas possible, il y a un pas que l'on peut hésiter à franchir* »¹⁰⁸⁶. Il serait sans doute excessif de soustraire une partie des droits à tout contrôle juridique¹⁰⁸⁷. Une telle approche heurterait aux principes fondamentaux du droit des obligations¹⁰⁸⁸. La solution manque en outre de souplesse,

¹⁰⁸² D. Rouets, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition? » *D.* 1997, 92.

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*

¹⁰⁸⁵ Cela peut être dû à une réglementation minutieuse émanant du législateur ou de la jurisprudence (la proposition de Jossierand), où au domaine particulier dans lequel ce droit intervient (par exemple en droit de la consommation).

¹⁰⁸⁶ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, n°775, p.762.

¹⁰⁸⁷ V. L. Cadiet, v° *Abus de droit*, in *Rép. civ. Dalloz*, n° 13 ; G. Courtier, *J.Cl. Civil Code > Art. 1382 à 1386, Fasc. 131-10*, n°32.

¹⁰⁸⁸ On peut citer l'adage de « *Fraus omnia corrumpit* ».

ce qui pourrait donner lieu à des solutions injustes. Les auteurs autorisés nous invitent par conséquent à orienter vers le domaine de la variabilité du critère¹⁰⁸⁹.

En définitive, la catégorie des droits discrétionnaires ne s'impose pas par la pure logique. Elle est d'ailleurs inappropriée à l'égard de la clause de dédit.

B Droit discrétionnaire, une qualification inappropriée pour la clause de dédit

273. Qualifier la faculté de dédit comme un droit discrétionnaire encourt deux ordres de critiques. Aucune justification théorique fonde une telle qualification (1), et elle est en outre démentie en droit positif (2).

1. Une qualification infondée en théorie

274. Deux catégories de justification Un examen des justifications avancées par les partisans de cette qualification nous permet de les regrouper en deux catégories. La première s'appuie sur une conception restrictive du droit discrétionnaire, la seconde quant à elle tend à prouver directement le caractère absolu du dédit.

275. La conception restrictive de la notion du droit discrétionnaire Le droit discrétionnaire est défini comme celui qui est insusceptible d'abus. Les auteurs ajoutent très souvent une autre formule, qui décrit le droit discrétionnaire comme celui échappant à tout contrôle du juge,¹⁰⁹⁰ et ne peut pas être source de responsabilité

¹⁰⁸⁹ V. J. Ghestin, G.Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n°775, p.762 : « Au fond, la question des droits dit discrétionnaires paraît moins relever d'une délimitation plus ou moins arbitraires du domaine d'application de la théorie de l'abus de droit que d'une conception souple du critère de l'abus. Le contrôle est plus ou moins sévère selon les cas, cela ne signifie pas qu'il soit d'emblée à exclure en certaines matières ». ou F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op.cit.*, n°740, p.796 : « Mieux vaut admettre que suivant les libertés publiques ou les droits subjectifs, le seuil de la responsabilité, plus précisément du caractère illicite du comportement en cause, est variable ».

¹⁰⁹⁰ V. S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, thèse, LGDJ, 1997, p.183 : « Cependant, il n'en est pas ainsi et, tant la doctrine que la jurisprudence, reconnaissent l'existence de droits 'absolus' ou 'discrétionnaires', dont l'usage ne serait jamais abusif ou plus exactement dont les abus seraient hors de l'atteinte du juge ». J. Ghestin, G.Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *op.cit.*, n°773, p.759 : « A priori, la théorie de l'abus de droit a vocation à s'appliquer à toutes les prérogatives juridiques définies. L'exercice de tous les droits devrait pouvoir faire l'objet d'un contrôle. Pourtant, on constate qu'il est quelques cas où ce contrôle n'a pas lieu. Il y aurait donc des droits 'absolus' ou 'discrétionnaires' dont l'usage ne serait jamais abusif ».

pour son auteur¹⁰⁹¹. Ces deux expressions sont conçues comme équivalentes. Il est clair que dans l'esprit de ces auteurs, la notion d'abus s'entend de façon assez large. Mais le contrôle d'abus peut aussi être défini de manière plus restrictive, n'étant qu'un contrôle juridique parmi d'autres¹⁰⁹². Ainsi entendu, l'impossibilité d'abus ne signifie plus l'absence de tout contrôle juridique¹⁰⁹³, et c'est bien cette définition restrictive qui est retenue par certains auteurs afin d'établir le caractère discrétionnaire du dédit. Ainsi, selon Louis Boyer, « *il faut bien voir ce que recouvre le qualificatif de discrétionnaire : il postule seulement que celui qui exerce un droit de ce type n'a ni à légitimer son acte en indiquant le motif, ni à se préoccuper des dommages qu'il peut ce faisant causer à d'autres... Tel est bien le cas ici, la rétractation procédant d'une faculté de dédit n'étant que l'exercice d'une liberté* ». « *Seulement, en dehors de l'exercice même du droit, il peut y avoir faute ou fraude appelant une sanction : ainsi, si par des manœuvre, son bénéficiaire a suscité une confiance infondée* »¹⁰⁹⁴. C'est dire que le qualificatif discrétionnaire ne fait pas obstacle à une éventuelle sanction en cas de faute ou de fraude. L'exercice du dédit en tant que tel n'est jamais abusive, seul sera sanctionné l'usage qu'en fait son auteur dans des circonstances particulières¹⁰⁹⁵.

Dans l'absolu, une telle prise de position est tout à fait concevable. Néanmoins, en rompant le lien unissant l'absence d'abus et l'absence de contrôle juridique, cette définition prive la catégorie de toute sa force exorbitante, et par là même, de toute son utilité pratique¹⁰⁹⁶. Le caractère discrétionnaire perd sa raison d'être s'il est incapable

¹⁰⁹¹ V. H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, t.2, v.1, 9^e édition*, par F. Chabas, n°459, p.481 : « *certains droits sont absolus (on dit aussi : discrétionnaires, non causés) ; leur exercice ne peut jamais engager la responsabilité de leur titulaire. Le législateur ou la jurisprudence leur ont reconnu ce caractère, afin qu'ils soient exercés avec la plus entière liberté, sans que leur titulaire ait la moindre crainte d'être déclaré responsable* ».

¹⁰⁹² Sur la divergence sur la notion de l'abus, v. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat : Essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, 2000.

¹⁰⁹³ La position de Ripert est dans ce sens. Ripert, *op.cit.*, n°96-97, pp.168-171 : « *Nous ne considérons pas comme abus du droit, au sens strictement juridique du mot, les cas où le titulaire du droit a commis une faute ou engagé sa responsabilité par l'exercice exceptionnel de son droit.... Pour trouver des hypothèses réelles d'abus de droit, il faut que l'acte accompli soit par lui-même irréprochable* ».

¹⁰⁹⁴ L. Boyer, *art.préc.*, n°12, p.55.

¹⁰⁹⁵ L'idée de Boyer est reprise par d'autres auteurs, v. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, thèse, LGDJ, 1992, n°299, p.164-165 : « *La liberté donnée par la faculté de dédit ne se conçoit que si celui qui en bénéficie peut l'exercer en toute...liberté. On a, ainsi, coutume d'affirmer que la faculté de dédit a un caractère discrétionnaire. Il est certain, en effet, que le bénéficiaire d'une telle faculté doit pouvoir l'exercer en toute indépendance sans avoir à s'expliquer sur les raisons de son choix et sans être soumis aux critiques en raison des conséquences de celui-ci* ».

¹⁰⁹⁶ Sur un plan plus général, l'observation revêt un autre intérêt. Elle nous montre qu'en réalité, le déclin d'une notion juridique est parfois imputable, non pas à ses détracteurs, mais bien au contraire à ses partisans. Une autre illustration éclairante est donnée par la notion de faute en responsabilité civile. Henri et Léon Mazeaud furent à l'époque grands partisans pour la faute en tant que fondement unique de la responsable. Tout en se montrant imperméable à la théorie des risques, ces auteurs étaient pourtant très soucieuses à l'indemnisation des victimes. Comme l'a parfaitement décrit Mme. Viney, « *Pour concilier leur attachement à la notion de ' faute ' avec cette attitude résolument favorables aux victimes, Henri et Léon Mazeaud ont donc été conduit à proposer une définition extrêmement large de la ' faute civile ' qui ne comporte, à leur avis, aucun élément subjectif* ». (G. Viney, *Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité*, 3^e édition, LGDJ, 2006, n°52, p.115). Le maintien de la force formelle de la faute s'est fait néanmoins au prix d'une dénaturation profonde de la notion, qui lui fait perdre en grande partie de son rôle principal qu'est l'aptitude de filtrage en

de faire échec à tout contrôle juridique. Ce qui importe, c'est bien de savoir si la mise en œuvre de la faculté puisse être sanctionnée en droit, et il est indifférent que ce contrôle soit exercé au nom d'abus de droit, de bonne foi, ou de loyauté. Par conséquent, cette justification fondée sur une lecture restrictive de la notion d'abus nous semble contestable, et surtout inutile.

276. Les arguments directs pour un droit absolu Dans sa thèse sur la rétractation, Mirabail a avancé deux arguments pour justifier le caractère absolu du droit de repentir conventionnel. Une raison positive, le dédit est discrétionnaire puisqu'il est assorti d'un prix¹⁰⁹⁷, et une raison négative, l'abus de droit étant une notion extrêmement floue, son admission en la matière serait source d'insécurité indésirable¹⁰⁹⁸.

La seconde justification n'est guère convaincante, puisque si nous suivons ce raisonnement, il faudrait sans doute mieux, au nom de la sécurité juridique, supprimer tous les instruments correcteurs dont dispose le juge en matière contractuelle – l'abus, la bonne foi, la fraude – à cause de leur défaut d'imprécision. En revanche, le premier argument mérite sans doute un commentaire supplémentaire.

Comme nous le savons, l'intensité du contrôle d'abus varie selon les différents droits en présence et dépend de multiples facteurs. L'existence des arrhes en constitue évidemment un. Mais cette vision des choses néglige une dimension essentielle des arrhes. À l'égard d'un risque d'abus, ce qui compte ce n'est pas seulement l'existence de la contrepartie, mais aussi et avant tout le montant de celle-ci. Si un montant élevé du dédit a pour effet de réduire considérablement le risque d'abus, il n'en va pas de même pour un prix modeste. Dans ce dernier cas de figure, il est tout à fait concevable que le titulaire use de la faculté animée par la seule intention de nuire, sachant que le montant médiocre des arrhes ne suffit pas à compenser le préjudice qu'il fait subir son cocontractant. Nous ne voyons pas de raison décisive pour écarter le contrôle juridique dans une telle hypothèse. Par conséquent, l'argument tenant à l'onéreusité du dédit doit également être écarté.

droit de la responsabilité civile. Il est d'autant plus regrettable que l'objectivation de la notion de faute n'a pas obtenu l'effet escompté, les cas de responsabilité sans faute ne cessent de se multiplier.

¹⁰⁹⁷ S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, thèse, LGDJ, 1997, p.189 : « Ce prix peut en réalité soit directement parce que les parties en fixent elles-mêmes le montant (faculté de dédit), soit indirectement parce qu'il procède de l'application de la loi (pacte de réméré).

« Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces éventualités, les conséquences de la rétractation restent les mêmes, quels que soient les mobiles de celui qui l'exerce. Elles sont nécessairement couvertes par le prix. C'est sans doute la raison pour laquelle ces droits de rétractation étaient considérés traditionnellement comme discrétionnaire ».

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 190 : « En effet, sa généralisation créerait une incertitude incompatible avec la sécurité des transactions, cette incertitude provenant de l'imprécision de la notion même d'abus de droit et de mauvaise foi ».

2. Une qualification démentie en droit positif

277. L'instrument de contrôle bien établi Si nous nous retournons vers la pratique, nous constatons que le droit positif contrôle la mise en œuvre de la faculté de dédit. Deux remarques peuvent être faites.

Première remarque : ce contrôle trouve désormais un fondement solide en jurisprudence. En effet, la Cour de cassation, par un arrêt maintes fois commenté, vient de trancher la délicate question quant au rôle de la bonne foi en matière contractuelle : « *Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »¹⁰⁹⁹. L'interprétation du principe ainsi formulé ne manque pas de poser des difficultés, sur lesquelles nous reviendrons plus tard¹¹⁰⁰. En revanche, il est admis que la clause de dédit fait partie des « *prérogatives contractuelles* », de sorte que son contrôle par le biais de la bonne foi ne fait aucun doute.

279. Admission expresse du contrôle d'abus en matière de dédit Deuxième remarque : il arrive que la jurisprudence admet expressément ce contrôle de bonne foi pour le dédit, soit en sanctionnant directement l'usage déloyal¹¹⁰¹, soit en affirmant implicitement la possibilité de ce contrôle¹¹⁰². Ces arrêts sont certes exceptionnels¹¹⁰³, mais comme nous le verrons par la suite¹¹⁰⁴, cette rareté s'expliquerait moins par le caractère absolu de la faculté, que par la particularité qu'elle présente.

En définitive, il nous semble que la théorie des droits discrétionnaires ne serait pas un obstacle pour le contrôle d'abus à l'égard de la faculté de dédit.

¹⁰⁹⁹ Cass. Com., 10 juillet 2007 : *Bull.civ.*2007, IV, n°188 ; *D.*2007. 2839, note Stoffel Munck et note Gautier ; *ibid.*, *AJ* 1955, obs. Delpech ; *ibid.*, *Chron.C.cass.*, obs. Salomon ; *CCC* 2007, n°294, note Leveneur ; *JCP G* 2007, II, 10154, note Houtecief ; *JCP E* 2007. 2394, note Mainguy ; *Deffrénois* 2007, 1454, obs. Savaux ; *RDC.* 2007, 1107, obs. Aynes ; et 1110, obs. D. Mazeaud ; *RTD.civ.*2007, 773, obs. Fages.

¹¹⁰⁰ V. *infra.*, n°286 et s.

¹¹⁰¹ Cass. 3^e civ., 11 mai 1976 : *Bull.civ.*1976, III, n°199 ; *D.*1978. 269, note Taisne ; *Deffrénois* 1977, 456, note Aubert.

¹¹⁰² Cass. 3^e civ., 15 février 2000 : *Deffrénois* 2000. 1379, obs. D. Mazeaud ; *LPA* 4 octobre 2001, note Gallmeister ; *RTD.civ.* 2000. 565, obs. Mestre et Fages. ; Cass. Civ, 3^e, 20 mai 2014, n°13-13.764.

¹¹⁰³ On peut néanmoins citer un récent arrêt qui sanctionne la mauvaise foi dans l'exercice du dédit.

¹¹⁰⁴ V. *infra.*, n°292.

§2 La réalité du contrôle

280. La possibilité du contrôle d'abus une fois acquise, il faut désormais examiner son effectivité. Le bilan de la jurisprudence est pourtant modeste : non seulement le régime de ce contrôle demeure incertain (A), sa mise en œuvre est d'ailleurs rarissime (B).

A Un régime incertain

Cette incertitude concerne à la fois l'intensité (1) et la sanction de ce contrôle (2).

1. Incertitude sur l'intensité du contrôle

281. La bonne foi : une notion imprécise Le contrôle *a posteriori* est susceptible de degrés différents : la sanction de l'intention de nuire, le devoir de coopération, et l'obligation de motivation, *etc.* En ce qui nous concerne, le principe semble être claire : le juge contrôle la faculté sur le terrain de la bonne foi ou de l'abus¹¹⁰⁵, et l'obligation de motivation n'est pas exigée. La réalité des choses est loin d'être aussi simple. D'une part, dire que le contrôle s'effectue au nom de la bonne foi n'est pas suffisant. Notion difficile à cerner dans l'absolu¹¹⁰⁶, le contenu de la bonne

¹¹⁰⁵ Pour Mme. M. Fabran-Magnan, la bonne foi et l'abus de droit ne renvoient pas à la même réalité : « *La bonne foi est une forme d'honnêteté ou de loyauté, dans un état d'esprit ou dans un comportement. Elle permet au juge de sanctionner certains actes de contractants. Il s'agit là d'un moyen d'un contrôle très général car tous les faits et gestes des contractants peuvent être jugés à son aune.... L'abus de droit est une autre forme de contrôle que la bonne foi. En particulier, son utilisation suppose au préalable, quoi qu'en ait dit Planiol dans une formule restée célèbre (Le droit cesse où l'abus commence), l'existence d'un droit ; pas nécessairement d'un droit subjectif, mais d'un droit dont les limites sont précisément tracées, par la loi ou même par le contrat* ». (M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, pp. 84-85). v. aussi le même auteur, L'obligation de motivation dans les contrats, in *Mélange J. Ghestin, LGDJ, 2001*, p.301. Pourtant, outre le fait que cette distinction subtile est parfois difficile à mettre en œuvre, la jurisprudence n'entend pas non plus de la consacrer en droit positif.

¹¹⁰⁶ Sur la difficulté d'une définition précise de la bonne foi, v. J. Mestre, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », *RLDC* 2009, n°58, p.7.

foi est d'ailleurs variable selon les relations contractuelles en présence¹¹⁰⁷. Ainsi, il est nécessaire de déterminer le contenu concret de ce devoir en présence d'une clause de dédit.

282. L'abus et la confiance légitime du cocontractant D'après la jurisprudence, la clause de dédit est exercée de mauvaise foi dès lors que son titulaire crée chez son cocontractant une confiance légitime, en lui laissant croire qu'il n'entend pas user du droit de repentir¹¹⁰⁸. La même solution est d'ailleurs admise pour la rupture abusive des pourparlers¹¹⁰⁹, la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée¹¹¹⁰, la résiliation anticipée dans un contrat à durée déterminé¹¹¹¹, ou encore le refus de renouvellement du contrat¹¹¹².

283. L'obligation de motivation et la mauvaise foi L'idée de la confiance légitime n'est sans doute pas absente dans la décision de 1976 précitée¹¹¹³, mais cet arrêt nous livre un autre message. La Haute juridiction a déduit la mauvaise foi du fait que le vendeur entendait « *subordonner la réalisation de la promesse synallagmatique de vente à des conditions qui étaient sans rapport avec cette convention et notamment, au paiement d'une somme complémentaire que celle-ci ne prévoyait pas* »¹¹¹⁴. Concrètement, ce qui paraît critiquable aux yeux des magistrats, ce n'est plus les circonstances dans lesquelles intervient l'acte de dédit, mais plutôt le motif qui anime le titulaire dans l'exercice de cette faculté¹¹¹⁵.

¹¹⁰⁷ Pour une illustration de l'obligation de coopération, v. S. Lequette, *Le contrat-coopération : Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, Economica, 2012, n°427 et s.

¹¹⁰⁸ Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar (Colmar, 4 février 2011, 09/00886), les juges d'appel ont retenu l'usage abusif du dédit en ce que le propriétaire du bien a laissé croire à son cocontractant, jusqu'au dernier moment, qu'il entendait procéder à la vente (« *Attendu, sur ce plan, qu'il apparaît que les conditions dans lesquelles les vendeurs ont varié de position, entre décembre 2005 et janvier 2006, pour finalement décider de ne plus vendre, comme le leur permettait la clause de dédit, apparaissent fautives au regard de la bonne foi et de la loyauté contractuelle et ont été génératrices d'un préjudice pour les acquéreurs, dès lors qu'ils ont laissé croire abusivement aux époux X... , jusqu'au dernier moment, qu'ils entendaient bien réaliser une vente à laquelle ceux-ci tenaient à un point tel que les futurs acquéreurs ont entrepris des démarches, pris des engagements et exposés des frais pour sa réalisation : souscription de prêts, rendez-vous chez le notaire notamment* »).

¹¹⁰⁹ Cass. Com. 11 juillet 2000, CCC. 2000, n°174 ; Douai, 8 novembre 2004, *Juris-Data* : n°263341 ; Paris 13 février 2004, *Juris-Data* : n°238401 ; Paris 11 mars 1990, *Juris-Data* : n°022934 ; Cass. Com., 20 novembre 2012, n°11-14.784.

¹¹¹⁰ Paris, 25 janvier 2012, *Juris-Data* : n°023219 ; Paris, 17 juin 2010, *Juris-Data* : n°030312.

¹¹¹¹ Paris, 7 octobre 1992, *Juris-Data* : n°023591.

¹¹¹² Cass. Com., 23 mai 2000, *RTD civ.* 2001, 137, *obs.* Mestre et Fages.

¹¹¹³ Cass. 3^e civ., 11 mai 1976, *préc.* La Cour de cassation considère que « *l'exercice de dédit dans de telles circonstances était d'autant moins admissible que les acquéreurs, qui étaient entrés dans les lieux dès la signature de la promesse, soit depuis de deux ans et avaient, depuis lors, assumé les charges incombant aux copropriétaires de l'immeuble, avait, dès le 30 juin 1964, réglé l'intégralité du prix* ». La durée prolongée d'occupation ainsi que les frais engagés par les acquéreurs conduisent aux juges d'admettre l'existence d'une attente légitime qu'ils entendent protéger.

¹¹¹⁴ Cass. 3^e civ., 11 mai 1976, *préc.*

¹¹¹⁵ Le remarque de M. J.-J. Taisne est à ce titre pertinent : « *il paraît donc possible de conclure que l'arrêt du 11 mai 1976 aboutit bien à un contrôle et à une appréciation des raisons pour lesquelles le consentement a été repris. A un individu qui plaide que s'étant réservé une faculté de dédit et offrant le prix convenu, on ne pouvait lui faire grief des raisons qui l'avaient conduit à prendre sa décision, la Cour de cassation oppose un démenti* ». (J.-J. Taisne, note *préc.*, D.1978, p. 272.)

La prise en compte du motif apparaît dans une autre décision¹¹¹⁶. Selon la Cour d'appel de Toulouse, « ...l'exercice de cette faculté eu égard au motif légitime invoqué, ne caractérise pas la mauvaise foi du promettant dont il n'est par ailleurs pas établi qu'il connaissait au moment de l'exercice de sa faculté de dédit, la réalité et l'importance des travaux effectués par le bénéficiaire sur l'immeuble ».

Nous pouvons enfin citer un récent arrêt de la première chambre civile du 10 septembre 2014¹¹¹⁷. La Haute juridiction a approuvé la Cour d'appel d'avoir retenu la mauvaise foi du titulaire, « celui-ci n'ayant d'autre finalité que de le faire échapper aux conséquences de la violation de ses obligations contractuelles ».

Faut-il conclure à partir de ces arrêts que le juge exerce un contrôle sur le juste motif dans l'exercice du dédit ? Une telle affirmation ne contredit-elle pas à une solution établie, selon laquelle le titulaire de dédit n'est pas tenu de motiver sa décision¹¹¹⁸ ?

284. Le bien-fondé d'une obligation de motivation en matière de dédit

Malgré la promotion émanant d'une partie de la doctrine, il n'existe pas en droit positif une obligation générale de motivation pour les actes juridiques¹¹¹⁹. A titre d'exemple, une telle obligation n'est pas exigée pour la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée¹¹²⁰, ni pour le non-renouvellement pour le contrat à durée déterminé¹¹²¹. Quid sa légitimité en matière de dédit ?

L'existence d'une obligation de motivation ne pose pas de difficulté si elle trouve sa source dans un accord de volonté¹¹²². Pour le reste, la variété des dédits nous empêchent, une fois de plus, de donner une réponse globale. Ce contrôle est notamment malvenu si la faculté de dédit est assortie d'une contrepartie pécuniaire. Au contraire, l'obligation de motivation serait sans doute souhaitable en cas de

¹¹¹⁶ Toulouse, 15 juin 1998, *Juris-Data* : n°042704.

¹¹¹⁷ Cass 1^{re} civ., 10 septembre 2014, *préc.*

¹¹¹⁸ V. Par exemple, Nouméa, 7 octobre 2004, *Juris-Data* : n°285637.

¹¹¹⁹ X. Lagarde, La motivation des actes juridiques, in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome III, Limoge 1998, p.73 et s. *nota.*, p.75 : « Le constat est d'abord celui de la rareté des actes juridiques relevant d'une obligation de motivation. La raison en est qu'il existe très certainement un principe de non-motivation des actes juridiques ».

¹¹²⁰ Cass. Com., 15 décembre 1969, *Bull.civ.* 1969, IV, n°384 ; *JCP G* 1970, II, 16391 ; note J. H. ; Cass. Com., 7 octobre 1997 : *CCC* 1998, n°20, note Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 2008 : *JCP G* 2009, II, 10052, note Chabas.

¹¹²¹ Cass. com., 4 janvier 1994, *RTD civ.* 1994, 352, *obs.* J. Mestre ; *CCC*. 1994, n° 69, *obs.* L. Leveneur ; *RTD com.* 1994, 545, *obs.* B. Bouloc ; Cass. com., 7 avril 1998, *Bull.civ.* 1998, IV, n° 126 ; *RTD civ.* 1999, 79, *obs.* J. Mestre ; Cass. com., 25 avril 2001, *D.* 2001, *Somm.* 3237, *obs.* D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, 99, *obs.* J. Mestre et B. Fages.

¹¹²² Un récent arrêt rendu à propos d'une clause de résiliation anticipée (Cass. 1^{re} civ., 20 septembre 2012, n°11-30.395) est fort intéressant à ce propos. Un contrat de courtage matrimonial comportait une clause selon laquelle en cas de ' motif légitime ', le contrat pourrait être résilié par l'une ou l'autre partie. Les juges du fond avait refusé l'application de cette clause, au motif que le contrat ne précisait pas le contenu du ' motif légitime '. L'arrêt est cassé par la Cour de cassation au visa des articles 4 et 1134 du Code civil : « Qu'en statuant ainsi alors qu'il lui incombait d'apprécier l'existence ou non d'un tel motif propre à justifier conventionnellement la résiliation anticipée, la juridiction de proximité a méconnu l'office du juge et partant violé les textes susvisés ». Cette solution est parfaitement transposable en matière de dédit.

« *dédit gratuit* », à supposer que sa validité soit admise. Comme nous l'avons déjà mentionné, une telle obligation aurait pour effet d'extérioriser le passage entre le dit et le dédit. Elle permettrait, du même coup, d'intégrer le « *dédit gratuit* » dans un contrat définitif¹¹²³.

Quoi qu'il en soit, force est de constater que la matière est gouvernée par une incertitude. Le même constat s'impose lorsqu'il s'agit de déterminer la sanction applicable.

2. L'incertitude quant aux sanctions applicables

285. La solution de principe Selon l'arrêt du 11 mai 1976 cité plus haut, la sanction d'un usage déloyal du dédit est son inefficacité, sanction qui a d'ailleurs été confirmée par un arrêt de 2014¹¹²⁴. En outre, il semble difficile d'exclure l'allocation des dommages-intérêts¹¹²⁵. Ce constat est d'ailleurs conforté par la jurisprudence¹¹²⁶.

286. Une éventuelle influence de l'arrêt Maréchaux? Il faut néanmoins examiner la question à la lumière de la nouvelle jurisprudence Maréchaux¹¹²⁷. Cet arrêt aurait-il pour effet de remettre en cause la solution établie en matière de dédit¹¹²⁸? La réponse dépend en réalité de l'interprétation que l'on fait de cette décision. L'opération est assez délicate, ce dont témoigne le nombre considérable des commentaires suscités par cette décision¹¹²⁹. La Cour de cassation a dégagé une distinction binaire entre « *la prérogative contractuelle* » et « *la substance des droits et des obligations* » afin d'encadrer le domaine d'intervention de la bonne foi. Or, cette construction jurisprudentielle n'est pas seulement défectueuse en elle-même, mais elle engendre une incertitude quant aux conséquences qui s'y attachent.

¹¹²³ À ce titre, la résiliation du mandat d'intérêt commun nous fournit une illustration intéressante. Selon une jurisprudence bien établie, la résiliation de ce mandat donne lieu à une indemnité au profit de la victime de la rupture sauf en cas de motif légitime. V., Cass. Civ. 13 mai 1885 : *DP* 1885. 1. 350.

¹¹²⁴ Cass 1^{er} civ., 10 septembre 2014, *préc.*

¹¹²⁵ O. Deshayes, « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *RDC*, 2011, p.726 : « *S'il est une sanction dont personne ne conteste qu'elle puisse être prononcée en cas d'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, c'est bien celle de l'allocation de dommages et intérêts* ». Selon l'opinion de Ph. Stoffel-Munck, elle constitue même la seule sanction en cas de mauvaise foi. V. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans les contrats*, *op.cit.*

¹¹²⁶ Colmar, 4 février 2011, *préc.* L'arrêt est d'autant plus significatif que la partie avait demandé la réalisation de la vente.

¹¹²⁷ Cass. Com., 10 juillet 2007, *préc.* Dans le même sens, Cass. Civ., 3^e, 25 juin 2013, n°11-27.904; Cass. Civ., 3^e, 13 juin 2013, n°12-22.308; Cass. Civ., 3^e, 26 mars 2013, n°12-14.870; Cass. Civ., 3^e, 9 décembre 2009, n°04-19923.

¹¹²⁸ Certains auteurs ont émis le doute sur ce point. V. D.Mazeaud, *RDC*, 2007, 1110.

¹¹²⁹ Outre les commentaires cités plus hauts, il faut mentionner un colloque consacré à ce sujet, dont les travaux ont été rassemblés dans la *Revue des contrats*, 2011 n°2. V. également P. Ancel, *Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat : Retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007*.

287. La défectuosité de la distinction binaire Par défectuosité de la distinction, nous n'entendons pas revenir ici sur les critiques doctrinales pertinentes concernant l'ambiguïté des termes ainsi que la difficulté de sa mise en œuvre¹¹³⁰. C'est sur un autre point que nous voulons davantage insister : la distinction laisse subsister des lacunes et des recoupements.

Si la notion de « *prérogative contractuelle* » a suscité beaucoup d'interrogations, celle de « *la substance des droits et des obligations* » ne pose en revanche guère de difficulté : ce sont « *les termes de l'échange, les prestations dues* »¹¹³¹. Dès lors, la difficulté d'identification de la prérogative contractuelle aurait pu être évitée si celle-ci constituait une catégorie résiduelle, englobant tout élément contractuel qui ne relève pas de la substance. Mais une telle démarche n'est pas possible dans la mesure où la dualité substance-prérogative est insusceptible d'épuiser tous les éléments que fait naître le contrat¹¹³². C'est ainsi que selon Philippe Stoffel-Munck¹¹³³, au moins trois ensembles juridiques peuvent être distingués au sein du contrat. Outre la substance et les prérogatives, il y a place pour une autre série de clauses qui ont pour objet d'anticiper la survenance de contentieux : preuve, compétence juridictionnelle, prescription. Si les auteurs éprouvent quelque malaise à classer la mise en œuvre des sûretés dans l'une ou l'autre catégorie, ne serait-il pas parce qu'elle n'est ni une prérogative contractuelle, ni une substance des droits et des obligations, au sens strict du terme ? Il en va de même pour le mécanisme de condition contractuelle et de terme-modalité. Ils ne constituent pas les termes de l'échange, mais en même temps, vu leur neutralité (du moins théorique), il serait difficile de les définir comme des prérogatives.

¹¹³⁰ V. par exemple, D. Mazeaud, « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *RDC*. 2011, p.690 ; F. Chénéde, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles » ; *RDC*. 2011, p.709 ; D. Fenouillet, *art.préc.*, *RDC*. 2011, p. 644. Plus significatif encore, les auteurs favorables à cette jurisprudence admettent aussi l'ambiguïté d'une telle distinction. V. Ph. Stoffel-Munck, *note préc.*, « Pour générale qu'elle soit, la formule demeure cependant nimbée de mystère car les concepts qu'elle emploie (« *prérogative* », « *substance* ») ne sont pas usuels et les locutions mêmes d'« *usage déloyal* » ou d'« *atteinte à la substance* » ne sont pas dépourvues d'équivoque ». L. Aynes, *RDC*. 2007, 1107: « *L'heureuse consécration de cette opposition entre la prérogative contractuelle et la substance des droits et obligations, seule la première étant ouverte au contrôle judiciaire de la loyauté de son exercice, laisse évidemment subsister des questions de frontière : par exemple, le recours à l'exécution forcée ou la mise en œuvre d'une sûreté relèvent-ils de l'usage d'une prérogative (contrôlable) ou de la mise en œuvre du droit à la prestation promise (non contrôlable) ? La réponse ne dépend pas seulement de considérations techniques ; elle relève aussi d'une politique de l'intervention judiciaire* ».

¹¹³¹ L. Aynès, Mauvaise foi et prérogative contractuelle, *RDC*. 2011, p.687.

¹¹³² En effet, le communiqué de cet arrêt a cité, entre autres, l'idée de P. Ancel développée dans son fameux article « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ». L'assimilation est pourtant contestée par l'auteur lui-même : « *Je ne voit pas pour ma part guère de correspondance entre les termes des deux distinctions, ni dans un sens ni dans l'autre : sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, cela revient à limiter la force obligatoire du contrat, mais en touchant d'une certaine manière au contenu de l'obligation, dont la clause est un des éléments ; à l'inverse, anéantir la créance invoquée de mauvaise foi, ce serait évidemment toucher à l'obligation, mais ce serait aussi, et de manière très directe, remettre en cause la force obligatoire de l'engagement* ». (P. Ancel, Les sanctions à la bonne foi dans l'exécution du contrat : Retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007, in *Mélange D. Tricot*, Litec, Dalloz, 2011, p. 66).

¹¹³³ D. 2007, 2839, *note préc.*

À côté des lacunes, s'ajoute des recoupements¹¹³⁴. Prenons l'exemple de la fixation unilatérale du prix. Si elle fait partie de la catégorie des prérogatives, il est tout aussi certain que le prix constitue le cœur de l'échange¹¹³⁵. Il semble dès lors que la clause pourrait relever de l'une ou de l'autre catégorie. Plus généralement, toute prérogative contractuelle ayant pour effet de modifier le contenu du contrat toucherait nécessairement la substance des droits et des obligations¹¹³⁶.

288. L'incertitude quant aux conséquences de la distinction Concernant la portée de cette distinction, l'arrêt est en réalité moins clair qu'il n'y paraît à première vue : les expressions malheureuses employées par la Cour de cassation – « *sanctionner* » et « *porter atteinte* » sont susceptibles d'interprétations multiples, qui n'échappent pas aux yeux des juristes¹¹³⁷. La question n'est pas éclairée par l'explication qu'a donnée Professeur Aynès, dont les écrits relèvent une même ambiguïté¹¹³⁸.

Le communiqué qui accompagne cet arrêt nous donne en revanche une vision plus claire des choses.

« En jurisprudence, la solution est inédite. Le manquement à la bonne foi, qui est ordinairement sanctionné par la responsabilité civile du contractant de mauvaise foi (V. par ex. Cass. com., 8 mars 2005, Bull., n° 44), peut certes trouver une autre sanction dans la neutralisation de la stipulation mise en oeuvre et il existe sur ce

¹¹³⁴ Sur cette question, v. Ph. Delebeque, Prérogative contractuelle et obligation essentielle, *RDC*. 2011, 681.

¹¹³⁵ Dans ce sens, D. Mazeaud, Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle, *art.préc.*, « *Et que dire des clauses qui accordent au créancier le pouvoir unilatéral de fixer le quantum de sa créance, par exemple la clause de fixation unilatérale de prix ? L'usage déloyal de cette prérogative, qui conduit à déterminer la substance de la créance légalement convenue, autorise-t-il le juge à prendre une mesure qui portera atteinte à cette substance ?* »

¹¹³⁶ Cass 3^e civ., 13 juin 2013, *préc.*, la faculté pour l'assureur de modifier les supports éligibles en cas d'arbitrage. La Cour la qualifie comme une prérogative contractuelle.

¹¹³⁷ O. Deshayes, *art. préc.*, *RDC*. 2011, 726. L'auteur donne deux interprétations possibles de cette formule. Selon D. Fenouillet (*note préc.*, *RDC*. 2011, 644), il est en réalité d'en dégager trois sens différents.

¹¹³⁸ Tantôt, l'auteur pense que la substance des droits et des obligations échappent à tout contrôle de bonne foi. V. Par exemple, « *La Chambre commerciale ne veut pas amoindrir le devoir d'exécuter le contrat de bonne foi. Elle entend seulement affirmer que ce devoir ne peut pas déboucher sur une modification judiciaire de ce qui a été convenu entre les parties. Et ceci au moyen d'une double opposition : la bonne foi s'applique au comportement contractuel, et non à l'échange des prestations ; elle conduit à une sanction (responsabilité, voire neutralisation de l'acte déloyal), et non à une modification du droit à la prestation promise* ». (*RDC*. 2007, 1107). Tantôt, il prend une position moins catégorique, se contentant de dire que la mise en oeuvre de la créance ne peut pas, dans un sens abstrait, être sanctionnée au nom de la mauvaise foi : « *On peut parfaitement admettre que les modalités d'exécution de l'obligation doivent être adaptées à la situation du débiteur et du créancier au moment de l'exécution. Mais la question de la mauvaise foi du créancier dans la mise en oeuvre de sa créance est plus radicale : se pourrait-il qu'il invoque de mauvaise foi son droit de créance, quelles que soient les modalités d'exécution de celui-ci ?* ». « *La bonne foi est sans rapport avec la substance. C'est exactement le sens de l'article 1134, alinéa 3 : les conventions doivent être 'exécutées de bonne foi' ; la manière d'exécuter, et non pas le droit à l'exécution, peut être contraire aux exigences de la bonne foi* ». Mais dans ce deuxième sens, l'affirmation de principe n'a plus beaucoup d'intérêt. Il est certes évident que le simple fait d'être créancier ne lui rend pas de mauvaise foi, pourvu que celle-ci est « légalement formée ». Mais cette proposition relève davantage de la formation du contrat plutôt que de son exécution. Le propos de O. Deshayes illustre bien la faiblesse des arguments avancé par Professeur Aynès : « *L'abus ne se concevant que dans l'action (on abuse que de ce dont on peut user), on s'est plu à croire que seul le pouvoir pouvait être sa cible. Lui seul en effet se conjugue avec l'usage déloyal. À proprement parler, on ne fait pas usage de la substance des droits et obligations* ». (O. Deshayes, *RDC*. 2011, 726, *note préc.*)

*point une jurisprudence désormais classique en matière de clause résolutoire (V. not. Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1999, Bull., n° 52). Jamais, cependant, les juges n'étaient allés aussi loin que l'avait fait la cour d'appel dans l'arrêt censuré. Celui-ci avait en effet retenu que, compte tenu des circonstances, le créancier ne pouvait, "sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier", ce qui revenait à neutraliser la créance elle-même. C'est donc cette vision extrême du rôle de la mauvaise foi que condamne la chambre commerciale : le créancier, même de mauvaise foi, reste créancier et le juge ne peut, au seul motif que la créance a été mise en oeuvre de mauvaise foi, porter atteinte à l'**existence** même de celle-ci en dispensant le débiteur de toute obligation ».*

Ainsi compris, la distinction n'apparaît utile qu'au stade de la sanction encourue¹¹³⁹ : si le juge peut neutraliser les prérogatives contractuelles, il ne peut pas le faire à l'égard de la créance au seul motif que celle-ci était mise en œuvre de mauvaise foi. Dans ce dernier cas, seul l'octroi des dommages-intérêts est concevable.

Il est néanmoins douteux que la formule de l'arrêt en question permet de délivrer un message identique. Le mot « *existence* » a disparu, ce qui rend invisible l'idée de la neutralisation. Et surtout, si le communiqué se contente de traiter une éventuelle mauvaise foi dans la mise en œuvre de la créance, l'énoncé de la décision vise aussi la mauvaise foi commise par le débiteur. Suivant fidèlement cette solution de principe, il faudrait conclure que l'une des parties ne peut jamais demander la résolution du contrat en se fondant sur un comportement de mauvaise foi de son cocontractant, car la résolution, par ses effets juridiques, porte nécessairement atteinte à la substance des droits et des obligations¹¹⁴⁰. Or, cette thèse est difficilement défendable en droit positif¹¹⁴¹. Par conséquent, il serait plus raisonnable pour la Haute juridiction de retenir une formule plus modeste comme celle-ci : « *Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner*

¹¹³⁹ L'idée que cette jurisprudence entend différencier les sanctions appliquées dans les deux hypothèses a des défendeurs en doctrine, v. A. Couret, *obs. précitées* sous Cass. com., 10 juill. 2007 ; E. Savaux, *obs. précitées* sous Cass. com., 10 juill. 2007.

¹¹⁴⁰ La résolution du contrat neutralise certainement la substance des droits et des obligations légalement convenues entre les parties.

¹¹⁴¹ V., ex. P. Ancel, « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Litec, Dalloz, 2011, p.61 et s., *spéc.*, n°10, p.72 : « *Il est bien acquis, d'abord, qu'un comportement de mauvaise foi d'un contractant peut constituer une cause légitime permettant de mettre fin à un contrat à durée indéterminée dont la rupture est encadrée. C'est ainsi que, en droit du travail, l'inexécution par le salarié de son obligation de loyauté constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, et parfois même une faute grave justifiant le licenciement sans préavis. De même, dans le contexte des relations de distribution, le manquement à la bonne foi d'un agent commercial permet au mandant de mettre fin sans indemnité au mandat d'intérêt commun qui le lie à cet agent* ». D'ailleurs, la jurisprudence admet la résolution pour manquement à une simple obligation de bonne foi. Sur ce point, v., T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, n°295 et s., p.217 et s.

l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à neutraliser le droit de créance même si sa mise en œuvre est de mauvaise foi ».

289. Le sens de la neutralisation Même ainsi entendue, un doute est encore permis sur le sens exact de la « *neutralisation* ». Ce mot peut signifier une éradication pure et simple, mais il peut aussi désigner une inefficacité ponctuelle de la prérogative¹¹⁴². La doctrine exprime une certaine faveur pour cette deuxième acception. Cette sanction est privilégiée en matière de « *prérogative* » car elle n'aboutit qu'à une paralysie temporelle de la faculté, dont l'existence n'est pas niée par le juge¹¹⁴³. Mais une telle acception aurait pour effet de priver la distinction jurisprudentielle de sa raison d'être : la demande d'exécution peut bien être paralysée ponctuellement par l'octroi de délai, sans que son existence soit remise en cause¹¹⁴⁴.

290. Conclusion L'analyse de cette jurisprudence nous montre toute incertitude en la matière. Paradoxalement, cette incertitude est rendue moins intolérable en ce qui concerne la clause de dédit, dans la mesure où ce contrôle de bonne foi est rarement mise en œuvre en pratique.

B Une mise en œuvre exceptionnelle

291. Le constat La rareté des décisions en la matière ne fait aucun doute. S'il est communément admis que le dédit peut être sanctionné au nom de la mauvaise foi, nous constatons que les arrêts cités à titre d'illustration sont toujours les mêmes : outre l'arrêt emblématique de la troisième Chambre civile du 11 mai 1976, les auteurs

¹¹⁴² V. O. Deshayes, *RDC.2011*, 726, *note préc.*

¹¹⁴³ Dans ce sens, O. Deshayes, *RDC.2011*, 726, *note préc.* ; P. Ancel, *art. préc.*, n°24, p.87-88 : « Si on raisonne en se plaçant sur le terrain de la force obligatoire du contrat, on s'aperçoit que, en aucun cas, le jeu de la bonne foi – du moins de la bonne foi dans l'exécution du contrat – n'aboutit à une modification judiciaire de la norme contractuelle, il ne se traduit en rien une ' atteinte ' à la force obligatoire du contrat (...) L'exécution de mauvaise foi peut bien aboutir à priver d'efficacité des comportements qui prétendraient à tort se fonder sur le contrat, s'abriter derrière sa force obligatoire, elle ne peut pas, en tant que telle et directement, aboutir à priver définitivement d'effet cette norme et en conséquence anéantir les droits et obligations qui en sont nés – qu'il s'agisse d'ailleurs de leur ' noyau central ' ou des diverses prérogatives et accessoires qui l'assortissent ».

¹¹⁴⁴ V. les citations dans la note précédente. La même idée est exprimée par O. Deshayes, *note préc.*, n°43 : « La neutralisation, tout d'abord, n'est pas propre à l'usage déloyal d'une prérogative. Le juge ne se prive pas d'y recourir lorsque le créancier invoque déloyalement une clause du contrat, quel que soit le contenu de cette clause ».

mentionnent une autre décision rendue par cette même Chambre du 15 février 2000¹¹⁴⁵, dans lequel la mauvaise foi n'a même pas été retenue par la Cour de cassation ! Cette constatation est confirmée par les juges du fond¹¹⁴⁶.

292. L'explication Un tel phénomène nécessite sans doute une explication. Le caractère exceptionnel du contrôle de bonne foi est partiellement dû à la spécificité de la faculté de dédit. Par nature temporaire, elle rend plus difficile la création d'une confiance légitime chez l'autre partie. En plus, son existence empêche toute exécution du contrat, de sorte que le risque pour le cocontractant se trouve ainsi considérablement amoindri.

Surtout, l'existence des arrhes diminue considérablement le danger d'un usage abusif du dédit. Lorsque le montant de celles-ci est suffisamment important, le jeu des arrhes se présente en effet comme une sanction pour la rupture du contrat injustifié.

*
* *

293. Conclusion du Chapitre II Si les arrhes comminatoires s'inscrivent dans une logique de peine privée, il en va autrement pour les arrhes libératoires, et notamment pour les arrhes-dédit en droit français. Le dédit se présente comme un droit potestatif pour son titulaire, et comme tout d'autre droit subjectif, son exercice nécessite un contrôle juridique.

En premier lieu, la présence de la faculté de dédit crée une période d'incertitude. Les juges ont recours à la théorie de la renonciation pour l'encadrer. Selon une règle bien établie, le commencement d'exécution du contrat vaut renonciation à la faculté de dédit. Une jurisprudence admet l'efficacité d'une renonciation après l'exercice du dédit en droit des assurances, ce qui nous paraît contestable.

La possibilité d'un contrôle d'abus pour la faculté de dédit est parfois discutée en doctrine. Le dédit est souvent qualifié comme un droit discrétionnaire, qui n'est pas

¹¹⁴⁵ Cass 3^e civ., 15 février 2000, n°98-17.860 ; *Defrénois* 2000, 1379, *obs.* D. Mazeaud ; *LPA* 4 octobre 2001, note Gallmeister ; *RTD. civ.* 2000, 565, *obs.* Mestre et Fages.

¹¹⁴⁶ Pour quelques rares illustrations, après un examen certes non exhaustif des décisions : Colmar, 4 février 2011, *préc.* ; Lyon, 20 décembre 2012, n°12/07164 ; Colmar, 23 septembre 2010, n°09/03664 ; Aix-en-Provence, 29 octobre 2009, n°08/01649. Toulouse, 15 juin 1998, *Juris-Data* : n°042704 ; Papette, 2 novembre 2006, *Juris-Data* : 339243. Parmi ces arrêts, seul le premier a retenu effectivement l'usage abusive de la faculté. Dans tous les autres cas, le juge se contente d'admettre la possibilité d'une sanction sans que celle-ci soit effectivement mise en œuvre.

soumis à un contrôle juridique. Or, non seulement la pertinence de la notion même du droit discrétionnaire peut être contestée, mais il est inapproprié de qualifier la faculté de dédit comme un droit absolu.

À supposer que le contrôle d'abus soit admis en la matière, force est de constater qu'il est rarement mis en place. En outre, une grande incertitude imprègne la matière qui concerne à la fois l'intensité du contrôle et la sanction applicable en cas d'abus.

294. Conclusion du Titre I À cause de ses effets juridiques dynamiques, la convention d'arrhes mérite d'être contrôlée lors de sa mise en œuvre. Nous retrouvons ici l'incidence de la divergence fonctionnelle des arrhes : le contrôle juridique ne peut pas être identique selon qu'il s'agisse des arrhes comminatoires ou des arrhes libératoires. Cela pour une raison évidente : le contrôle des arrhes libératoires se fait selon celui d'un droit subjectif, alors que l'encadrement des arrhes comminatoires vise à tempérer l'effet d'une « *peine privée* ». Ainsi, pour ces dernières, le contrôle juridique se situe en amont : la loi impose des conditions nécessaires pour le déclenchement du jeu des arrhes. Ce contrôle vise à assurer la proportionnalité entre la peine privée et le manquement reproché. Si ce contrôle *a priori* existe aussi à l'égard des arrhes libératoires, l'objectif est tout différent : il s'agit de protéger le titulaire du dédit. Mais surtout, comme toute autre prérogative, le contrôle du dédit se réalise aussi en aval. L'objet de ce contrôle est double : l'incertitude que crée l'existence du dédit, ainsi que son usage abusif. Pour le premier, le droit français pose une limite temporelle pour l'exercice du dédit : celui-ci doit intervenir avant le commencement d'exécution du contrat. Pour le second, une controverse doctrinale existe sur le caractère discrétionnaire de la faculté de repentir. Mais force est de constater qu'en droit positif, ce contrôle trouve déjà un fondement solide qu'est la bonne foi. Néanmoins, la matière est imprégnée d'une incertitude à la fois sur l'intensité du contrôle que sur la sanction encourue. Cette incertitude est rendue tolérable par le nombre réduit de litiges en la matière.

TITRE II LES EFFETS JURIDIQUES DE LA CONVENTION

D'ARRHES

295. Pour se concentrer ici sur les effets des arrhes en droit chinois , on présentera d'abord et très sommairement le cas du droit français. Un tel traitement inégal s'explique par la complexité du problème dans les deux systèmes en cause.

296. Les effets juridiques des arrhes en droit français : un simple rappel
L'article 1590 du Code civil français dispose que « *si la promesse de vente a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir (...)* ». En réalité, cet article s'applique aux ventes, comme aux promesses de vente. L'exercice du dédit entraîne l'anéantissement rétroactif du lien contractuel. La perte ou la double restitution des arrhes constitue d'ailleurs la seule conséquence pécuniaire pour le titulaire de dédit : les dommages-intérêts se trouvent écartés. Une clause de dédit n'est pas une clause pénale susceptible de minoration par le juge. Néanmoins, elle ne peut produire aucun effet juridique lorsque la faculté de dédit est exercé de mauvaise foi.

297. Plan Si l'on regarde du côté du droit chinois, il faut constater que le déclenchement du jeu des arrhes produit des effets sur le sort du contrat (Chapitre I). Il faut ensuite envisager ses effets pécuniaires à l'égard des parties (Chapitre II).

Chapitre I Les effets sur le sort du contrat

298. Si l'anéantissement du contrat constitue une issue normale en ce domaine (Section I), il convient de se demander si l'exécution forcée en nature peut constituer une alternative possible (Section II).

Section I L'anéantissement du contrat : une issue normale

299. Le cas des arrhes-résolution et des arrhes-promesse La mise en œuvre des arrhes-résolution entraîne l'extinction du contrat. Cette issue est commandée par la définition même de l'institution. Quant aux arrhes-promesses, la non-conclusion du contrat n'est pas à proprement parler l'effet engendré par la clause, mais elle n'en constitue pas moins une condition nécessaire pour la mise en œuvre de ladite convention¹¹⁴⁷.

300. Le cas des arrhes-exécution Dans le domaine des arrhes-exécution le doute est parfois permis. En réalité, certaines décisions excluent la possibilité de mettre en place la convention d'arrhes une fois le contrat résolu¹¹⁴⁸. Cette solution est sans doute critiquable, et elle est fondée sur une interprétation erronée du caractère accessoire de la convention d'arrhes. Ce caractère accessoire signifie simplement que

¹¹⁴⁷ *Supra.*, n°227.

¹¹⁴⁸ Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 22 octobre 2008, référence : CLI.C.138042 ; Tribunal de base de Siping, Guangdong, 18 novembre 2013, référence : CLI.C.2111587 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 30 septembre 2014, référence : CLI.C.3444044.

la nullité¹¹⁴⁹ ou l'inexistence¹¹⁵⁰ du contrat principal empêche la clause d'arrhes à produire ces effets juridiques. L'écrasante majorité des décisions admettent d'ailleurs la mise en œuvre du jeu des arrhes en cas de résolution du contrat¹¹⁵¹. Peu importe la cause de cette résolution: l'inexécution pure et simple¹¹⁵², l'exécution tardive¹¹⁵³, l'exécution défectueuse¹¹⁵⁴, l'inexécution anticipée¹¹⁵⁵, ou la résolution à la suite d'une suspension d'exécution fondée sur le risque d'insolvabilité du contractant¹¹⁵⁶. Il en va de même pour la résolution fondée sur une clause résolutoire, à condition que le fait visé par la clause soit constitutif d'un manquement contractuel¹¹⁵⁷.

¹¹⁴⁹ Tribunal intermédiaire de Hainan, 26 mars 2001, référence : CLI.C.1626; Tribunal intermédiaire de Hainan, 26 mars 2001, référence : CLI.C.4327; Tribunal de base de Yubei, Chongqing, 20 mai 2013, référence : CLI.C.2122164; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 15 avril 2013, référence : CLI.C.1776585; Tribunal de base de Xixiangtang, Guangxi, 26 mars 2013, référence : CLI.C.1657460; Tribunal de base de Babu, Guangxi, 18 septembre 2012, référence : CLI.C.1696540; Tribunal de base de Sheyang, Jiangsu, 18 septembre 2012, référence : CLI.C.2096575; Tribunal de base de Wanzhou, Chongqing, 20 août 2012, référence : CLI.C.1443320; Tribunal de base de Haizhou, Jiangsu, 15 août 2012, référence : CLI.C.1901097; Tribunal de base de Hanyang, Hubei, 9 avril 2012, référence : CLI.C.867080; Tribunal de base de Fengxian, Shanghai, 10 août 2010, référence : CLI.C.564105; Tribunal de base de Shangcai, Henan, 17 avril 2010, référence : CLI.C. 748857; Tribunal de base de Liunan, Guangxi, 24 mars 2010, référence : CLI.C.1207214; Tribunal de base de Zhabei, Shanghai, 8 mars 2010, référence : CLI.C.527261; Tribunal de base de Jinming, Henan, 5 janvier 2010, référence : CLI.C.758443; Tribunal supérieur de Henan, 18 novembre 2009, référence : CLI.C.240471; Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 4 septembre 2007, référence : CLI.C.84064; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 27 avril 2005, référence : CLI.C.25345; Tribunal intermédiaire de Shenyang, Liaoning, 21 mars 2005, référence : CLI.C.94242; Troisième tribunal intermédiaire de Chongqing, 10 janvier 2014, référence : CLI.C.2469574; Tribunal intermédiaire de Shangqiu, Henan, référence : CLI.C.3217798;

¹¹⁵⁰ Tribunal de base de Zhongyuan, Henan, 1 septembre 2012, référence : CLI.C.1141836; Tribunal de base de Kunshan, Jiangsu, 20 juillet 2000, référence : CLI.C.5651; Tribunal Supérieur de Gansu, 28 février 2014, référence : CLI.C.2707570; Tribunal de Lilin, Hunan, 6 janvier 2014, référence : CLI.C.2591019; Tribunal intermédiaire de Jiangmen, Guangdong, 22 août 2014, référence : CLI.C.3333062.

¹¹⁵¹ Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 4 novembre 2013, référence : CLI.C.2131397; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 juillet 2013, référence : CLI.C.1973822.

¹¹⁵² Tribunal de base de Zhengxian, Henan, 2 juin 2011, référence : CLI.C.672519; Tribunal de base de Shanghai, 9 juin 2009, référence : CLI.C.1952530; Tribunal de base de Xinxian, Henan, référence : CLI.C.201984; Tribunal de base de Sihong, Jiangsu, 5 mars 2013, référence : CLI.C.1880688; Tribunal de base de Baixia, Jiangsu, 26 décembre 2012, référence : CLI.C.1793275; Tribunal de base de Shangcheng, Zhejiang, 1^{er} février 2012, référence : CLI.C.1839603; Tribunal supérieur de Fujian, 23 décembre 2010, référence : CLI.C.881086; Tribunal de base de Qinyang, Henan, 30 décembre 2009, référence : CLI.C.733305.

¹¹⁵³ Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 30 novembre 2012, référence : CLI.C.1356754; Tribunal de base de Jianggan, Zhejiang, 12 juillet 2013, référence : CLI.C.2134358; Tribunal de base de Huangpu, Shanghai, 21 mai 2013, référence : CLI.C.2000916; Tribunal de base de Linhai, Zhejiang, 7 décembre 2012, référence : CLI.C.2067211; Tribunal de base de Gongyi, Henan, 20 mai 2012, référence : CLI.C.871262; Tribunal de base de Yiyang, Henan, 24 janvier 2011, référence : CLI.C.728823; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 12 octobre 2010, référence : CLI.C.910380; Tribunal intermédiaire de Liaocheng, Shandong, 22 juillet 2010, référence : CLI.C.847780; Cinquième Tribunal intermédiaire de Chongqing, 7 juillet 2010, référence : CLI.C.305877; Tribunal supérieur de Hangzhou, Zhejiang, 22 décembre 2009, référence : CLI.C.247165; Tribunal de base de Chaoyang, Pékin, 7 décembre 2009, référence : CLI.C.223086; Tribunal de base de Jiangdong, Zhejiang, 13 novembre 2009, référence : CLI.C.1584108; Tribunal de base de Jiangdong, Zhejiang, 6 septembre 2009, référence : CLI.C.1596584; Tribunal de base de Jiaojiang, Zhejiang, 30 avril 2009, référence : CLI.C.210798; Tribunal de base de Jianggan, Zhejiang, 6 janvier 2009, référence : CLI.C.1636587; Tribunal de base de Pinghu, Zhejiang, 25 novembre 2008, référence : CLI.C.1644608.

¹¹⁵⁴ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 27 février 2012, référence : CLI.C.994586; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, Zhejiang, 22 janvier 2013, référence : CLI.C.1427333; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 28 février 2010, référence : CLI.C.448205; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 14 octobre 2009, référence : CLI.C.317509; Tribunal intermédiaire de Wenzhou, Zhejiang, 11 mai 2009, référence : CLI.C.286959; Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 16 mars 2009, référence : CLI.C.1638608.

¹¹⁵⁵ Tribunal de base de Siming, Fujian, 7 mai 2012, référence : CLI.C.890384; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 7 décembre 2010, référence : CLI.C.614153; Tribunal de base de Nanhu, Zhejiang, 1^{er} décembre 2010, référence : CLI.C.1524954; Tribunal de base de Qixian, Henan, 9 décembre 2009, référence : CLI.C.704963.

¹¹⁵⁶ Tribunal intermédiaire de Xinyang, Henan, 21 septembre 2010, référence : CLI.C.684397.

¹¹⁵⁷ Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 29 août 2013, référence : CLI.C.1782653; Tribunal de base de Yiwu, Zhejiang, 24 janvier 2011, référence : CLI.C.1516221; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 17 juin 2008, référence : CLI.C.491936.

Pourtant, la résolution et le jeu des arrhes ne vont pas toujours ensemble. Car la résolution n'est pas toujours le fruit d'un manquement contractuel, élément indispensable pour la mise en œuvre des arrhes-exécution. Dès lors, il est concevable que le jeu des arrhes se trouve écarté malgré la résolution du contrat, soit parce qu'aucune faute n'a été commise¹¹⁵⁸, soit parce qu'une telle faute n'atteint pas la gravité que la loi exige¹¹⁵⁹, soit enfin parce que les deux parties ont tous commis un manquement¹¹⁶⁰.

Reste à savoir s'il est possible de prononcer la perte ou la restitution du double des arrhes sans résoudre le contrat en cause. Le jeu des arrhes est-il compatible avec une demande en exécution forcée ?

Section II Le maintien du contrat : une issue incertaine

301. Possibilité d'un cumul dans l'absolu La mise en place de la convention d'arrhes-exécution suppose la défaillance du but contractuel. Comme nous l'avons déjà vu précédemment, celle-ci n'est pas toujours incompatible avec la possibilité d'une exécution forcée en nature. C'est que la défaillance du but contractuel peut n'être que relative, aux yeux de celui qui l'invoque. Par conséquent, le cumul entre l'exécution forcée et le jeu des arrhes-exécution est concevable dans l'absolu.

302. Une solution incertaine dans la jurisprudence actuelle Si la question présente un intérêt théorique incontestable, son enjeu pratique est néanmoins négligeable : il est rare que ces deux demandes émanent d'un même créancier.

Cela étant, la réponse demeure largement incertaine en la matière. Certains arrêts refusent de manière catégorique toute possibilité de cumul entre les deux sanctions. Elles sont considérées comme incompatibles par leur nature¹¹⁶¹. Cette impossibilité

¹¹⁵⁸ Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 26 août 2009, référence : CLI.C.194820 ; Tribunal de base de Pukou, Jiangsu, 9 octobre 2010, référence : CLI.C.2096000 ; Tribunal intermédiaire de Guigang, Guangxi, 15 février 2012, référence : CLI.C.1203242 ; Tribunal intermédiaire de Hainan, Hainan, 19 janvier 2005, référence : CLI.C.17236.

¹¹⁵⁹ Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 4 août 2013, référence : CLI.C.6953029 ; Tribunal de base de Ganjiang, Jiangsu, 13 septembre 2012, référence : CLI.C.2096716.

¹¹⁶⁰ Tribunal de base de Rucheng, Hunan, 1^{er} avril 2012, référence : CLI.C.1186217 ; Tribunal de base de Gongshu, Zhejiang, 20 juillet 2008, référence : CLI.C.1615130 ; Tribunal de base de Xuhui, Shanghai, 8 août 2005, référence : CLI.C.144065 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 22 juin 2005, référence : CLI.C.78095.

¹¹⁶¹ Tribunal intermédiaire de Ganshi, Jiangxi, 25 juin 2007, référence : CLI.C.78633.

s'impose même en cas de prévision des parties¹¹⁶². Certaines décisions ont néanmoins admis la possibilité d'un éventuel cumul, sans pour autant le prononcer au cas d'espèce¹¹⁶³. Enfin, quelques rares arrêts sont allés jusqu'à autoriser le cumul¹¹⁶⁴.

303. L'appréciation de la question Le cumul des deux sanctions pose des difficultés. Certes, la mise en œuvre du jeu des arrhes ne présuppose pas l'impossibilité d'une exécution en nature. Mais dans ce cas de figure, il faut que l'exécution du contrat ne soit plus voulue par le créancier. Dès lors, si la partie choisit de mettre en place la sanction des arrhes, elle ne pourrait plus demander l'exécution forcée. Admettre leur coexistence, c'est méconnaître la nature profonde des arrhes-exécution : celles-ci n'ont pas vocation à sanctionner le manquement contractuel en tant que tel, mais ont pour objectif premier d'assurer l'exécution du contrat. Par conséquent, le jeu des arrhes doit être écarté si le créancier opte pour l'exécution forcée du contrat.

Chapitre II Les effets pécuniaires

304. La question des effets pécuniaires des arrhes se pose dans des termes différents en droit chinois par rapport au droit français. Il ne suffit pas d'étudier les

¹¹⁶² Tribunal intermédiaire de Shanghai, 1^{er} septembre 2005, référence : CLI.C.75403. Dans le même sens, Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 6 juillet 2005, référence : CLI.C.145748.

¹¹⁶³ Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 15 mars 2010, référence : CLI.C.239615 ; Tribunal intermédiaire de Jiaying, Zhejiang, 9 mars 2010, référence : CLI.C.327667. Dans toutes ces deux affaires, la Cour intermédiaire censure la position du tribunal de base pour avoir refusé la possibilité d'un tel cumul.

¹¹⁶⁴ Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 25 novembre 2009, référence : CLI.C.526646. À cause de la chute considérable du prix de l'acier, le vendeur ne veut plus continuer le contrat de fourniture à exécution successive. L'acheteur a de sa part, exigé la continuation de la fourniture et la conservation des arrhes reçues, demande qui a été accueillie par le tribunal. Mais le juge raisonne en termes de réparation des préjudices, ce qui nous conduit à penser qu'il s'agit là une simple compensation que d'une mise en œuvre effective de la convention d'arrhes. Tribunal de base de Fengxian, Shanghai, 20 mars 2014, référence : (2014) 奉民三(民)初字第53号. Le tribunal a admis la validité d'une convention d'arrhes -exécution pour le simple retard dans l'exécution. Cette solution paraît contestable.

effets propres de la convention d'arrhes sur le plan pécuniaire (Section I), mais il faut en outre prendre en considération son articulation avec la clause pénale (Section II) et avec le droit commun de la responsabilité contractuelle (Section III).

Section I Les effets pécuniaires propres aux arrhes

Le jeu des arrhes se caractérise par deux traits principaux : la sanction n'est pas automatique (§1), elle est d'ailleurs insusceptible de modération (§2).

§1. La sanction n'est pas automatique

305. Les parties demeurent les seuls maîtres pour déclencher le jeu des arrhes. Même si les conditions légales sont réunies, le créancier peut toujours opter pour une autre sanction pécuniaire : la clause pénale dans le cas où celle-ci figure également dans le contrat¹¹⁶⁵, ou des dommages-intérêts de droit commun. En outre, au lieu de demander le double remboursement des arrhes, le demandeur peut préférer la restitution de la somme majorée des intérêts légaux¹¹⁶⁶. Cette possibilité est également admise par les tribunaux.

§2. Une sanction insusceptible de modération judiciaire

¹¹⁶⁵ V. *infra.*, n°321.

¹¹⁶⁶ Tribunal de base de Jishou, Hunan, 15 septembre 2010, référence : CLI.C.1283026 ; Tribunal de base de Luwan, Shanghai, 19 mars 2010, référence : CLI.C.541705.

306. Le principe de l'intangibilité Le contrôle du montant des arrhes se réalise, on l'a vu, au moment de sa stipulation. En revanche, une fois arrêté, ce montant n'est plus susceptible d'être diminué. L'importance du préjudice réel demeure totalement indifférente. Comme en droit français, la révision judiciaire se trouve exclut pour les arrhes¹¹⁶⁷. C'est ce caractère intangible de la peine qui donne à la sanction une fonction comminatoire considérable.

Si nous laissons de côté certaines décisions contestables admettant la réduction du montant des arrhes malgré la règle ci-dessus présentée¹¹⁶⁸, l'intangibilité de la peine connaît néanmoins une limite importante en matière des arrhes-exécution.

307. Une exception en matière d'arrhes-exécution Cette exception est prévue par l'art. 120 de l'Interprétation judiciaire sur la LCS : « *lorsque l'engagement a été exécuté en partie, l'application du jeu des arrhes doit être proportionnelle à la fraction inexécutée de l'obligation* »¹¹⁶⁹.

Le texte est rédigé de manière impérative, et le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation en la matière. Il doit réduire le montant des arrhes de manière proportionnelle lorsqu'il constate une exécution partielle¹¹⁷⁰. Cette obligation faite au juge est néanmoins écartée dans deux hypothèses.

La première tient à l'utilité de l'exécution partielle du contrat. La réduction n'aura pas lieu si le créancier ne tire aucun avantage de l'exécution imparfaite. L'idée est sous-jacente dans des décisions faisant appliquer le jeu des arrhes en présence d'une exécution complète mais pourtant défectueuse¹¹⁷¹. Elle est d'ailleurs clairement

¹¹⁶⁷ Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 6 octobre 2012, référence : CLI.C.1369295 ; Tribunal supérieur de Henan, 10 août 2002, référence : CLI.C.5223.

¹¹⁶⁸ Tribunal de base de Gangnan, Guangxi, 27 mai 2013, référence : CLI.C.1418755.

¹¹⁶⁹ La formule est assez proche de celle qui existe en droit français concernant la révision judiciaire de la clause pénale en cas d'inexécution partielle.

¹¹⁷⁰ Tribunal intermédiaire de Changde, Hunan, 30 décembre 2010, référence : CLI.C.380114 ; Tribunal de base de Baoshan, Shanghai, 26 mars 2013, référence : CLI.C.1974999 ; Tribunal de base de Jinshan, Shanghai, 10 décembre 2008, référence : CLI.C.1952530 ; Tribunal intermédiaire de Kunshan, Jiangsu, 10 septembre 2013, référence : CLI.C.2024115 ; Tribunal supérieur de Zhejiang, 16 avril 2013, référence : CLI.C.1771876 ; Tribunal de base de Jinshan, Shanghai, 11 avril 2012, référence : CLI.C.1407326 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 14 février 2012, référence : CLI.C.994614 ; Tribunal intermédiaire de Changde, Hunan, 30 décembre 2010, référence : CLI.C.380114 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 4 juin 2010, référence : CLI.C. 30883 ; Tribunal intermédiaire de Wenzhou, Zhejiang, 11 mai 2009, référence : CLI.C.286959 ; Tribunal supérieur de Shanghai, 17 mars 2009, référence : CLI.C.467107 ; Tribunal de base de Chongming, Shanghai, 20 février 2009, référence : CLI.C.501204 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 17 juin 2008, référence : CLI.C.507055 ; Tribunal de base de Yuecheng, Zhejiang, 12 mai 2008, référence : CLI.C.1722698 ; Tribunal de base de Jiangdong, Zhejiang, 8 octobre 2012, référence : CLI.C.1824239 ; Tribunal de base de Hebei, Tianjin, 12 février 2014, référence : CLI.C.2908338 ; Tribunal Supérieur de Zhejiang, 21 janvier 2014, référence : CLI.C.2475349 ; Tribunal de base de Quanzhou, Jiangsu, 19 juin 2014, référence : CLI.C.3111364 .

¹¹⁷¹ *V., supra., n°225.*

affirmée dans une décision rendue par le Tribunal intermédiaire de Zhangjiajie¹¹⁷². Selon la Cour, l'« *exécution partielle* » dont parle le texte doit faire l'objet d'une interprétation stricte, qui concerne principalement des contrats à exécution successive, dans lesquels la partie innocente peut tirer un certain profit d'une telle exécution incomplète.

En second lieu, la règle doit aussi être écartée lorsque l'exécution du contrat est tellement avancée que le but contractuel est presque réalisé. En effet, l'état d'exécution du contrat constitue, entre autres, une dimension importante dans l'appréciation de la défaillance du but contractuel¹¹⁷³. Lorsque l'exécution est suffisamment avancée, c'est le mécanisme des arrhes-exécution qui se trouve écarté¹¹⁷⁴.

Section II Les arrhes et la clause pénale

308. Le terme choisi pour traduire le mot “违约金(wei yue jin)” en droit chinois n'a qu'une valeur approximative. D'où la nécessité de présenter la clause pénale tel qu'elle est conçu en droit chinois (§1) avant d'examiner son articulation avec la convention d'arrhes (§2).

§1. La clause pénale en droit chinois

L'étude de la notion même de la clause pénale (A) précèdera celle de son régime juridique (B).

¹¹⁷² Tribunal intermédiaire de Zhangjiajie, Hunan, 24 août 2009, référence : CLI.C.1311200.

¹¹⁷³ V. Par exemple, Tribunal intermédiaire de Ganzhou, Jiangxi, 4 juin 2009, référence : CLI.C.195490.

¹¹⁷⁴ Tribunal de base de Binyang, Guangxi, 8 mai 2012, référence : CLI.C.1858195 ; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 12 mai 2008, référence : CLI.C.107720 ; Tribunal intermédiaire de Hezhou, Guangxi, 11 mars 2014, référence : CLI.C.2793754.

A La notion de la clause pénale

309. La définition de la clause pénale La clause pénale est définie, en droit français, comme une « *clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages-intérêts une somme forfaitaire – en général très supérieure au montant du préjudice réel subi par le créancier (et appelé peine stipulée) – qui en principe ne peut être modérée ni augmentée par le juge, sauf si elle est manifestement excessive ou dérisoire* »¹¹⁷⁵. L'origine conventionnelle, son application en cas d'inexécution du contrat, et son caractère comminatoire ainsi que forfaitaire, constituent les quatre éléments déterminants pour la qualification de la clause pénale.

La clause pénale du droit chinois se distingue de celle du droit français sur deux points : d'une part, elle n'a pas toujours une origine conventionnelle, et d'autre part, le caractère comminatoire ne lui est pas traditionnellement attribué.

310. La clause pénale à la chinoise n'a pas toujours une origine conventionnelle La lettre de l'art. 114 de la *LCC* nous laisse croire que la clause pénale est nécessairement une œuvre des parties¹¹⁷⁶. Pourtant, l'origine conventionnelle n'est pas une condition indispensable de la clause pénale en droit chinois, et les textes législatifs ou réglementaires peuvent prévoir des clauses pénales moratoires le cas échéant¹¹⁷⁷. La doctrine n'y est pas hostile, elle distingue traditionnellement les clauses pénales d'origine légale et celles de nature conventionnelle¹¹⁷⁸. En droit français néanmoins, la clause pénale est « *purement contractuelle* »¹¹⁷⁹, et est le « *fruit de la volonté des parties* »¹¹⁸⁰.

En outre, en matière de clause pénale conventionnelle sanctionnant le retard dans l'exécution, le juge se voit accorder le pouvoir de fixer lui même le mode de calcul du montant si le contrat est silencieux sur ce point¹¹⁸¹. On peut y voir une autre exception au caractère conventionnel de la clause.

¹¹⁷⁵ Vocabulaire juridique de Gérard Cornu, 10^e éd., puf, 2014 ; p.751.

¹¹⁷⁶ « *Les parties peuvent prévoir dans leur contrat que celui qui manque à son obligation doit payer à l'autre une somme d'argent au nom de la clause pénale, compte tenu de la réalité de l'inexécution, (...)* ».

¹¹⁷⁷ Pour une illustration, v. l'article 16 de la Loi sur le transport ferroviaire.

¹¹⁷⁸ V. par exemple, Han Shiyuan, *op. cit.*, p.659.

¹¹⁷⁹ *Juri. Cl. Civil Code > Art. 1146 à 1155, Fasc.22*, par Ph. Delebecque, n°24.

¹¹⁸⁰ D.Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, n°7 et s., p.14 et s.

¹¹⁸¹ L'article 24, alinéa 4 de l'interprétation judiciaire sur le contrat de vente (2012).

Il n'en demeure pas moins que dans l'écrasante majorité des cas, ce sont les parties qui fixent le contenu des clauses pénales.

311. Le caractère comminatoire des arrhes en droit français et en droit chinois Le caractère comminatoire de la clause pénale renvoie à l'idée de menace qui « *incite le débiteur à exécuter* »¹¹⁸². En droit français, ce caractère résulte de l'art. 1226 du Code civil, qui définit la clause pénale comme « *celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». C'est ainsi que pour une partie de la doctrine, le caractère comminatoire est déterminant pour la qualification de la clause¹¹⁸³. Certaines décisions y font référence pour déduire l'existence d'une clause pénale¹¹⁸⁴.

Si on revient sur le système chinois, on constate que l'art. 114 de la *LCC* ne fait aucune allusion à l'effet incitatif de la clause pénale. Il est indéniable qu'en prévoyant une indemnité forfaitaire avant l'exécution du contrat, cette clause joue *de fait* une fonction comminatoire. Cette fonction est d'autant plus efficace lorsque le montant stipulé est relativement important. Mais le propre d'une telle clause n'est pas d'inciter les parties à exécuter le contrat. Une telle fonction est au contraire assurée par l'institution d'arrhes¹¹⁸⁵ : les arrhes-exécution (incitation pour l'exécution du contrat) ou les arrhes-promesse (incitation pour la conclusion du contrat). En revanche, la clause pénale poursuit des fins différentes en droit chinois.

312. La présentation doctrinale chinoise concernant la fonction de la clause pénale Selon la doctrine majoritaire, la clause pénale de l'art. 114 de la *LCC* remplit exclusivement une fonction compensatrice. La clause pénale punitive quant à elle, n'est pas expressément consacrée par le législateur¹¹⁸⁶.

¹¹⁸² M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p.696.

¹¹⁸³ V. nota., D.Mazeaud, *thèse préc.*, « *Le caractère comminatoire est un trait essentiel, un élément constitutif de la clause pénale.* » (n°148, p.85) et « *Désormais, les clauses qui n'ont pas pour objectif que l'évaluation de la réparation ne peuvent être qualifiées de clauses pénales. Seules, celles qui revêtent un aspect préventif, dissuasif et contraignant et qui constituent ainsi une menace garantissant l'exécution par le débiteur de l'obligation principale méritent une telle qualification* ». (n°150, p.86). Dans le même sens, J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n°236, pp. 230-231 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, *op. cit.*, n°990, p.535.

¹¹⁸⁴ V. Les décisions citées par D. Mazeaud, *thèse préc.*, n°150, p.86.

¹¹⁸⁵ Nous avons vu que cette fonction comminatoire entre dans la définition même des différentes variétés d'arrhes.

¹¹⁸⁶ Cui Jianyuan, *Le droit des contrats*, *préc.*, p.346 et s. ; Han Shiyuan, *op. cit.*, p.658 et s. ; Wang Liming, *Traité sur la responsabilité pour l'inexécution contractuelle*, *préc.*, pp.566 et s. La doctrine fait une distinction entre la clause pénale compensatrice et la clause pénale punitive. La première présente beaucoup de parenté avec la clause d'indemnisation forfaitaire, retenue en droit français, tandis que la clause pénale punitive ne prive pas au créancier de son droit de demander les dommages-intérêt.

Le silence de la loi ne vaut néanmoins pas une interdiction des clauses pénales punitives, et rien n'interdit aux parties de les prévoir dans leur contrats¹¹⁸⁷. Selon certains, cette variété commande un traitement particulier concernant sa révision, et il est proposé de transposer ici la solution admise en matière d'arrhes, selon laquelle le montant de la clause pénale punitive ne peut pas dépasser 20 pour cent de la prestation pécuniaire du contrat¹¹⁸⁸. Cette proposition doctrinale ne rend pas pleinement compte de l'état actuel de la jurisprudence.

313. La position jurisprudentielle sur les fonctions de la clause pénale Si la jurisprudence subordonne parfois, et de manière tout à fait exceptionnelle¹¹⁸⁹, la fonction punitive de la clause pénale à une prévision contractuelle explicite des parties, elle admet le plus souvent l'existence de ces deux fonctions en dehors de toute volonté expresse des parties. La jurisprudence affirme à plusieurs reprises que la clause pénale joue une double fonction à la fois réparatrice et punitive¹¹⁹⁰. Réparatrice, la clause pénale est présentée comme une fixation par avance de l'indemnité due en cas d'inexécution du contrat. Quant au caractère punitif, cela signifie que le montant de la peine peut dépasser le préjudice réellement subi, et que l'absence de ce dernier ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de la peine¹¹⁹¹. Une hiérarchie a été établie par plusieurs décisions en faveur de la fonction réparatrice, celle de punir n'occupe qu'une place secondaire¹¹⁹².

B Le régime juridique de la clause pénale¹¹⁹³

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p.658 ; Cui Jianyuan, *op. cit.*, p.346.

¹¹⁸⁸ Cui Jianyuan, *op. cit.*, p.346.

¹¹⁸⁹ Un seul exemple peut être trouvé parmi les abondantes décisions consultées en la matière : Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 9 août 2013, référence : CLI.C.2112295.

¹¹⁹⁰ Premier Tribunal intermédiaire de Pékin, 31 octobre 2013, référence : CLI.C.2119971 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 26 août 2013, référence : CLI.C.1953233 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 août 2013, référence : CLI.C.1953262 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 octobre 2013, référence : CLI.C.1798084 ; Tribunal de base de Gongshan, Hubei, 15 septembre 2014, référence : CLI.C ; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 12 septembre 2014, référence : CLI.C.3437013.

¹¹⁹¹ Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 14 novembre 2012, référence : CLI.C.1362551. Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 août 2013, référence : CLI.C.1953068 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 août 2013, référence : CLI.C.1953838.

¹¹⁹² Tribunal supérieur de Yunnan, 30 septembre 2014, référence : CLI.C.3410255 ; Tribunal intermédiaire de Ningxia, 30 septembre 2014, référence : CLI.C.3526525.

¹¹⁹³ Nous nous contentons d'examiner les seuls cas de clause pénale conventionnelle.

314. Les conditions de la mise en œuvre Étant conçue comme une sanction civile en cas d'inexécution du contrat, la clause pénale est écartée en l'absence d'un manquement contractuel¹¹⁹⁴. En revanche, l'auteur fautif peut parfaitement être un tiers au contrat¹¹⁹⁵. Après avoir indemnisé le créancier, le débiteur peut se retourner contre ce tiers¹¹⁹⁶.

Encore faut-il que ce manquement tombe bien dans les hypothèses couvertes par la clause pénale. Une inexécution contractuelle autre que celle visée par la clause est impuissante à déclencher la sanction. C'est ainsi que la clause prévue pour l'exécution tardive ne peut pas être utilisée pour sanctionner une exécution défectueuse¹¹⁹⁷, la résolution abusive du contrat¹¹⁹⁸, ou une inexécution pure et simple du contrat¹¹⁹⁹.

La clause pénale peut être écartée si la victime de l'inexécution est aussi l'auteur d'un manquement contractuel¹²⁰⁰. Ceci ne se produit pas de manière systématique¹²⁰¹ : il faut en outre que la faute présente un degré comparable à celle commise par son cocontractant¹²⁰².

En outre, le créancier négligeant qui laisse expirer le délai de prescription de deux ans¹²⁰³ ne peut plus invoquer la clause pénale¹²⁰⁴. Se pose ici la délicate question du point de départ de ce délai concernant des clauses pénales moratoires. La jurisprudence adopte en réalité deux solutions contradictoires. Selon un premier courant, la créance de réparation née d'une telle clause constitue un ensemble indivisible, de sorte que le point de départ de la prescription extinctive est fixé au jour où cesse ce manquement¹²⁰⁵. Mais selon une seconde solution, le droit de créance

¹¹⁹⁴ Tribunal intermédiaire de Haikou, Hainan, 5 juillet 2001, référence : CLI.C.2262 ; Tribunal supérieur de Hubei, 20 décembre 2013, référence : CLI.C.2119655 ; Tribunal de base de Qinyang, Henan, 9 août 2002, référence : CLI.C.26262.

¹¹⁹⁵ Tribunal intermédiaire de Yongzhou, Hunan, 30 septembre 2013, référence : CLI.C.2122060.

¹¹⁹⁶ Conformément à l'art. 121 de la LCC.

¹¹⁹⁷ Tribunal de base de Yejiang, Anhui, 31 juillet 2008, référence : CLI.C.382708 ; Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 26 novembre 2001, référence : CLI.C.2104.

¹¹⁹⁸ Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 14 septembre 2001, référence : CLI.C.81485.

¹¹⁹⁹ CPS, 13 juillet 2001, référence : CLI.C.29201.

¹²⁰⁰ CPS, 28 avril 2011, référence : CLI.C.1330689 ; CPS, 8 décembre 2001, référence : CLI.C.31357. CPS, 21 août 2001, référence : CLI.C.67021 ; Tribunal supérieur de Hubei, 20 décembre 2013, référence : CLI.C.2119655.

¹²⁰¹ C'est une différence avec la convention d'arrhes.

¹²⁰² Tribunal supérieur de Tibet, 6 novembre 2001, référence : CLI.C.5535. L'inexécution du contrat est imputable aux deux parties. La clause pénale peut néanmoins jouer puisque c'est le débiteur qui doit assumer la responsabilité principale. Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 14 avril 2006, référence : CLI.C.179588. En l'espèce, le créancier a manqué son obligation accessoire de réparation, manquement qui n'était pas tellement grave pour que le débiteur puisse suspendre son obligation de paiement. La Cour a refusé l'application de la clause pénale pour sanctionner le paiement tardive de ce débiteur au motif que la mauvaise volonté de celui-ci n'était pas caractérisée.

¹²⁰³ Ce délai est de deux ans à compter du jour où la victime a connu ou aurait dû connaître le manquement contractuel.

¹²⁰⁴ Tribunal intermédiaire de Chengdu, Sichuan, 28 juin 2011, référence : CLI.C.378436 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 15 mai 2009, référence : CLI.C.190799.

¹²⁰⁵ Troisième Tribunal de Chongqing, 23 Septembre 2013, référence : CLI.C.2111273 ; Tribunal intermédiaire de Fushun, Liaoning, 9 octobre 2014, référence : CLI.C.3432030 ; Tribunal intermédiaire de Huangshan, Anhui, 22 septembre 2014, référence : CLI.C.3372621 ; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 18 septembre 2014, référence : CLI.C.3390112 ; Tribunal supérieur de Ningxia, 10 septembre 2014, référence : CLI.C.3394538 ; Tribunal intermédiaire de Luoyang, Henan, 4 septembre 2014, référence : CLI.C.3353900 ; Tribunal intermédiaire de Fushun, 13 novembre 2014, référence : CLI.C.3615574 ; Tribunal intermédiaire de Fushun, Liaoning, 13 novembre 2014, CLI.C.3432029 ; Tribunal supérieur de

résultant de la clause pénale moratoire naît progressivement, et il faut les prendre isolément pour appliquer la règle de prescription¹²⁰⁶.

315. Incompatibilité avec certains remèdes contractuels La prononcé de certaines sanctions est incompatible avec la clause pénale. Les arrhes-exécution en font partie, ce sur quoi nous reviendrons¹²⁰⁷.

La clause pénale, à l'exception de celle destinée à sanctionner une exécution tardive¹²⁰⁸, ne peut pas être accompagnée d'une demande d'exécution en nature¹²⁰⁹. Le créancier est obligé de choisir entre ces deux branches de l'option¹²¹⁰. De même, la clause pénale pour retard ne peut pas être demandée en même temps que la résolution du contrat¹²¹¹. Quant aux dommages-intérêts de droit commun, si le cumul est clairement rejeté par certaines décisions¹²¹², la réponse est moins évidente dans d'autres affaires¹²¹³. La question n'a cependant pas beaucoup d'intérêt pratique, dans la mesure où la victime peut toujours solliciter l'augmentation du montant de la peine chaque fois que celui-ci est inférieur au préjudice réellement subi¹²¹⁴.

Se pose aussi la question d'un éventuel cumul entre les différentes clauses pénales. L'application cumulative de ces clauses est en principe admise par les tribunaux chinois, notamment lorsqu'elles visent à sanctionner des manquements bien distincts¹²¹⁵. Une difficulté demeure cependant irrésolue : un même manquement contractuel peut-il être sanctionné au nom de plusieurs clauses pénales¹²¹⁶?

Ningxia, 10 septembre 2014, référence : CLI.C.3394538.

¹²⁰⁶ Tribunal intermédiaire de Leshan, Sichuan, 28 août 2014, référence : CLI.C.3547946; Tribunal intermédiaire de Shenyang, Liaoning, 14 novembre 2014, référence : CLI.C.3637552; Tribunal intermédiaire de Zhuhai, Guangdong, 5 septembre 2014, référence : CLI.C.3412220.

¹²⁰⁷ V. *infra.*, n°319 et s.

¹²⁰⁸ L'exception est prévue par l'art. 114 in fine de la LCC.

¹²⁰⁹ Tribunal intermédiaire de Chenzhou, Hunan, 23 février 2009, référence : CLI.C.130414.

¹²¹⁰ Tribunal intermédiaire de Kaifeng, Henan, 3 septembre 2013, référence : CLI.C.1955196.

¹²¹¹ Tribunal intermédiaire de Kunming, Yunnan, 14 septembre 2001, référence : CLI.C.81485 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 août 2013, référence : CLI.C.1953068.

¹²¹² Le refus est fondé sur le caractère réparatoire de la clause pénale. Tribunal intermédiaire de Daqing, Heilongjiang, 16 avril 2003, référence : CLI.C.3308 ; Deuxième Tribunal de Pékin, 21 novembre 2007, référence : CLI.C.103991.

¹²¹³ Tribunal Supérieur de Sichuan, 5 septembre 2013, référence : CLI.C.1798247 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 5 août 2013, référence : CLI.C.1951253 ; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 2 août 2013, référence : CLI.C.1759979 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, 2 août 2013, référence : 1804615. ; Tribunal intermédiaire de Xianning, Hubei, 22 septembre 2014, référence : CLI.C.3531736.

¹²¹⁴ V. *infra.*, n°331 et s.

¹²¹⁵ Premier Tribunal intermédiaire de Chongqing, 17 avril 2013, référence : CLI.C.1436630 ; Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 13 novembre 2013, référence : CLI.C.2133157 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 octobre 2013, référence : CLI.C.1797998 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 8 août 2013, référence : CLI.C.1953838 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 juillet 2013, référence : CLI.C.1973583.

¹²¹⁶ La question se pose à propos de l'exécution tardive qui constitue en même temps une inexécution au sens large. Admission du cumul des deux clauses pénales : Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 juillet 2013, référence : CLI.C.1973583. Refus du cumul et qui donne préférence à la clause pénale compensatrice au motif que la clause pénale pour retard présente un caractère punitif très fort : Tribunal intermédiaire de Shantou, Guangdong, 1^{er} novembre 2013, référence : CLI.C.2124710 ; Premier Tribunal intermédiaire de Pékin, 10 décembre 2013, référence : CLI.C.2122212.

316. La révision de la clause pénale en droit chinois : la demande de révision

La révision de la clause pénale en droit chinois présente aussi certaines particularités par rapport aux solutions admises en droit français.

Si nous suivons fidèlement la lettre de l'article 113 de la *LCC*, la révision doit être comprise comme une faculté laissée aux parties¹²¹⁷. Certains arrêts confirment une telle interprétation¹²¹⁸. Mais ici comme ailleurs, la règle est parfois écartée par les juges, mus par un esprit réaliste. Pour le faire, ils vont tantôt identifier artificiellement une demande de révision¹²¹⁹, tantôt autoriser directement la révision de sa propre initiative¹²²⁰.

La charge de la preuve présente une spécificité en la matière. Selon la règle de droit commun, il incombe à celui qui demande la révision de rapporter la preuve du caractère dérisoire ou manifestement excessif de la clause. Mais en même temps, la victime du manquement est généralement mieux placée pour mesurer l'ampleur des préjudices subis à cause de l'inexécution, qui constitue, comme nous le verrons, un critère déterminant dans l'autorisation de la révision. En conséquence de quoi, si la jurisprudence peut appliquer sans grande difficulté le principe ci-dessus formulé dans l'hypothèse d'une demande en vue d'augmenter le montant de l'indemnité¹²²¹, elle le consacre¹²²² avec plus de souplesse lorsque c'est le débiteur défaillant qui demande une réduction du montant excessif. Une charge de preuve supplémentaire pèse sur le

¹²¹⁷ Il est intéressant de comparer la formule retenue par cet article avec celle de l'article 1152 du Code civil français.

¹²¹⁸ Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 4 mai 2008, référence : CLI.C.383095 ; Tribunal maritime de Guangzhou, 21 novembre 2005, référence : CLI.C.95403 ; Premier tribunal intermédiaire de Wuhan, Hebei, 20 octobre 2014, référence : CLI.C.3507459 ; Tribunal intermédiaire de Wuxi, Jiangsu, 3 septembre 2014, référence : CLI.C.3307228 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Tianjin, 29 août 2014, référence : CLI.C.3315260.

¹²¹⁹ Pour une illustration éclairante : Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 30 août 2013, référence : CLI.C.1760419. Le défendeur a avancé l'argument selon lequel étant un tiers au contrat litigieux, celui-ci ne lui serait pas opposable. Or, le tribunal a pu déduire une demande pour la révision de la clause pénale dans la mesure où le défendeur contestait tout effet du contrat à son égard, y compris naturellement la clause pénale. Dans le même sens, mais de manière beaucoup plus implicite, Tribunal supérieur de Guangxi, 20 novembre 2008, référence : CLI.C.382764.

¹²²⁰ Tribunal intermédiaire de Yinchuan, Ningxia, 30 septembre 2014, référence : CLI.C.3526525 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 20 août 2014, référence : CLI.C.3334719.

¹²²¹ Dans une telle hypothèse, il est évident que c'est le créancier lésé qui doit prouver son préjudice réel. Ex : Tribunal supérieur de Shanxi, 23 septembre 2011, référence : CLI.C.825459 ; CPS, 13 juillet 2001, référence : CLI.C.29201 ; Tribunal supérieur de Hubei, 18 septembre 2013, référence : CLI.C.2108561 ; Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 17 septembre 2013, référence : CLI.C.1791970 ; Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 13 septembre 2013, référence : CLI.C.1775263 ; Tribunal de base de Canghai, Fujian, 11 septembre 2013, référence : CLI.C.2124377 ; Tribunal intermédiaire de Chenzhou, Hunan, 16 octobre 2014, référence : CLI.C.3464231 ; Tribunal intermédiaire de Zhuma dian, Henan, 28 août 2014, référence : CLI.C.3362193 ; Tribunal intermédiaire de Shenyang, Liaoning, 18 août 2014, référence : CLI.C.3241462.

¹²²² Le principe est rappelé à plusieurs reprises par les tribunaux : Tribunal intermédiaire de Huaibei, Anhui, 11 septembre 2007, référence : CLI.C.235542 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 10 septembre 2013, référence : CLI.C.2047302 ; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 16 août 2013, référence : CLI.C.1794170 ; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 2 août 2013, référence : CLI.C.1759988 ; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 15 juillet 2013, référence : CLI.C.2112296 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 5 juillet 2013, référence : CLI.C.1974185 ; Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 18 août 2014, référence : CLI.C.3264675 ; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 26 août 2014, référence : CLI.C.3362193 ; Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 18 août 2014, référence : CLI.C.3264675 ; Tribunal intermédiaire de Fangchenggang, Guangxi, 18 août 2014, référence : CLI.C.3308381.

créancier insatisfait¹²²³. Concrètement, la répartition se fait de la manière suivante¹²²⁴ : La mission du débiteur se trouve accomplie s'il parvient à créer un doute sérieux dans l'esprit des magistrats quant au caractère manifestement excessif du montant¹²²⁵. Il appartient dès lors à la victime d'établir la réalité du préjudice subi, faute de quoi les juges autoriseront plus facilement la réduction¹²²⁶.

317. La révision des clauses pénales en droit chinois : les critères de la révision Il revient au juge de décider s'il y a lieu d'ordonner une révision de la clause pénale, et dans l'affirmative, l'ampleur de celle-ci. Sa marge de manœuvre est limitée en cas de clause pénale dérisoire, puisque la simple infériorité du montant de l'indemnité par rapport au préjudice réel suffit à déclencher le jeu de la révision¹²²⁷. Il n'en va pas de même dans l'hypothèse contraire, où la loi exige, comme en droit français, que le montant soit « *manifestement excessif* ». Le pouvoir du juge dans ce dernier cas est cependant encadré par une directive émanant de la Haute juridiction dans l'Interprétation Judiciaire de la *LCC* (2). L'art. 29 de celle-ci énonce que la décision du juge **doit** se fonder sur le préjudice réel de la victime, tout en prenant compte des éléments comme l'état d'exécution du contrat, la faute respective des parties ainsi que l'espérance de gain futur, et il doit être guidé par le principe d'équité et de bonne foi.

Si le préjudice n'est pas une condition d'application de la clause pénale, il n'en demeure pas moins que celui-ci constitue un indice déterminant dans l'appréciation du caractère excessif de la clause¹²²⁸.

¹²²³ Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 8 novembre 2013, référence : CLI.C.1801030. Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 17 août 2013, référence : CLI.C.2112355 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Tianjin, 28 août 2012, référence : CLI.C.2113250.

¹²²⁴ Celle-ci ne ressort pas de manière explicite des décisions judiciaires.

¹²²⁵ Tribunal supérieur de Guangdong, 26 décembre 2005, référence : CLI.C. 86765 ; Tribunal intermédiaire de Nanping, Fujian, 6 juin 2003, référence : CLI.C.47474.

¹²²⁶ Tribunal intermédiaire de Nantong, Jiangsu, 2 septembre 2014, référence : CLI.C.3313245 ; Tribunal intermédiaire de Mianyang, Sichuan, 1 septembre 2014, référence : CLI.C.3318626 ; Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 5 septembre 2014, référence : CLI.C.3386464.

¹²²⁷ Tribunal intermédiaire de Weihai, Shandong, 23 juillet 2013, référence : CLI.C.2122844 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 17 juillet 2013, référence : CLI.C.1802295. ; Deuxième tribunal intermédiaire de Tianjin, 22 août 2014, référence : CLI.C.3331550 ; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 26 septembre 2014, référence : CLI.C.3439734.

¹²²⁸ Si le créancier victime n'est pas en mesure de démontrer la réalité du préjudice, le juge a tendance à prononcer la révision de la peine (Tribunal intermédiaire de Chengdu, Sichuan, 5 juin 2009, référence : CLI.C.190794 ; Tribunal intermédiaire de Xiamen, Fujian, 3 décembre 2008, référence : CLI.C.290615 ; Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 13 novembre 2013, référence : CLI.C.2133157). En revanche, la grief de disproportionnalité se trouve écartée du seul fait que le montant de la peine est inférieur au dommage causé (Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 octobre 2013, référence : CLI.C.1798084 ; Premier Tribunal intermédiaire de Pékin, 11 octobre 2013, référence : CLI.C.1801519 ; Tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong, 13 juillet 2013, référence : CLI.C.1787944 ; Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 5 juillet 2013, référence : CLI.C.1498699 ; Tribunal intermédiaire de Xianyang, Shanxi, 24 juin 2013, référence : CLI.C.1767269).

Pour donner à la matière plus de prévisibilité, l'art. 29 précité donne un critère objectif dans son deuxième alinéa : est normalement considéré comme manifestement excessif le montant qui représente 1.3 fois du préjudice réellement subi¹²²⁹.

Néanmoins, ce critère s'accorde mal avec les clauses pénales moratoires. La spécificité de ces clauses tient à ce qu'elles ne fixent pas un montant global de l'indemnité, mais prévoient simplement un mode de calcul. La jurisprudence n'est pas restée inerte, et elle transpose en la matière une solution pour le contrôle du taux d'intérêt conventionnel du prêt, selon laquelle ce taux ne peut pas dépasser 4 fois, celui pratiqué par la Banque Populaire Chinoise de la même époque¹²³⁰. Or, l'appréciation globale ne perd pas tout son intérêt, qui a vocation à intervenir lorsque la pénalité n'est pas exorbitante au regard du taux fixé, mais elle l'est à cause de l'importance du retard dans le temps¹²³¹.

L'espérance de gain joue aussi un certain rôle. Elle est prise en compte dans le calcul du préjudice subi par le créancier notamment dans des cas où le créancier ne peut pas prouver avec certitude l'ampleur exacte de son préjudice actuel¹²³².

Mais le préjudice ne constitue pas le seul indice pris en compte par les tribunaux. Les autres éléments sont expressément visés par l'art. 29 de l'Interprétation, notamment l'état d'exécution du contrat, et la faute respective des parties.

Il n'existe pas, en droit chinois, une règle équivalente à celle de l'art. 1231 du Code civil français, qui permet au juge, en matière de clause pénale¹²³³, de réduire la peine de manière proportionnelle en cas d'inexécution partielle. Cela ne veut pourtant pas dire que les juges demeurent indifférents sur l'état d'exécution du contrat.

¹²²⁹ Le terme « *normalement* » utilisé dans ce texte laisse une marge manœuvre au profit des juges. Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 13 octobre 2014, référence : CLI.C.3443498.

¹²³⁰ Tribunal de base de Jiangbei, Zhejiang, 22 mars 2010, référence : CLI.C.822520 ; CPS, 11 novembre 2011, référence : CLI.C.1776887 ; Tribunal intermédiaire de Pékin, 19 novembre 2013, référence : CLI.C.2121300 ; Tribunal intermédiaire de Anyang, Henan, 10 novembre 2013, référence : CLI.C.2040370 ; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 11 septembre 2013 ; Tribunal supérieur de Xinjiang, 9 septembre 2013, référence : CLI.C.1799073 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, 30 août 2013, référence : CLI.C.1941697 ; Tribunal intermédiaire de Pingdingshan, Henan, 20 août 2013, référence : CLI.C.1951531 ; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 16 octobre 2014, référence : CLI.C.3464231 ; Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 15 septembre 2014, référence : CLI.C.3440689 ; Tribunal supérieur de Liaoning, 10 septembre 2014, référence : CLI.C.3388497 ; Tribunal supérieur de Hunan, 29 août 2014, référence : CLI.C.3340527.

¹²³¹ Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 mars 2013, référence : CLI.C.450236 ; Tribunal intermédiaire de Anqing, Anhui, 4 novembre 2009, référence : CLI.C.822211 ; Tribunal de base de Guanglin, Jiangsu, 17 décembre 2004, référence : CLI.C.49158 ; Tribunal supérieur de Hubei, 18 décembre 2013, référence : CLI.C.2119631 ; Tribunal de base de Canghai, Fujian, 7 novembre 2013, référence : CLI.C.2124119 ; Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 12 juillet 2013, référence : CLI.C.1763308.

¹²³² Tribunal supérieur de Jiangsu, 4 novembre 2011, référence : CLI.C.825459. En l'espèce, le créancier ne parvenait pas à prouver le lien de causalité entre le manquement contractuel et son préjudice actuel. Le tribunal a considéré néanmoins que son espérance de gain dans l'avenir était sérieuse. Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 août 2013, référence : CLI.C.1953504. Pas de préjudice réel, mais l'espérance de gain atteint un montant considérable. Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 17 août 2013, référence : CLI.C.2112355 (Pour le commerce de vêtement dont le prix varie beaucoup selon les saisons) ; Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 16 août 2013, référence : CLI.C.1794170 (En matière de vente d'immeuble).

¹²³³ Cette solution se trouve néanmoins consacrée pour les arrhes-exécution.

L'exécution partielle constitue en réalité un motif pertinent permettant aux tribunaux de modérer éventuellement la peine fixée¹²³⁴.

Les juges font régulièrement référence à la faute respective des deux parties¹²³⁵. Les mesures diligentes entreprises par le débiteur après l'inexécution sont parfois prises en considération pour autoriser la révision¹²³⁶. En revanche, les juges sont moins enclins à autoriser la réduction si le débiteur est de mauvaise foi¹²³⁷ ou s'il entend tirer avantage du fait de l'inexécution¹²³⁸. Certaines décisions sont allées très loin, jusqu'à exiger une proportionnalité entre la gravité de la faute et le montant de la pénalité¹²³⁹. Les comportements du créancier peuvent aussi intervenir dans le débat. La négligence du créancier pourrait conduire à une réduction de la peine¹²⁴⁰, et le devoir de minimiser le dommage est aussi applicable en la matière¹²⁴¹.

La jurisprudence ajoute parfois d'autres indices qu'elle juge pertinents. Pour n'en citer qu'un seul exemple, la situation de dépendance où se trouve placée une partie contractante est parfois avancée par les tribunaux pour déterminer le caractère excessif de la clause pénale¹²⁴² : c'est une manière de protéger la partie faible dans les relations contractuelles¹²⁴³.

§2. Articulation de la clause pénale avec la convention d'arrhes

¹²³⁴ Tribunal intermédiaire de Chengdu, Sichuan, 5 juin 2009, référence : CLI.C.190794 ; Tribunal intermédiaire de Lianyungang, Jiangsu, 7 septembre 2001, référence : CLI.C.81521 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 11 septembre 2013, référence : CLI.C.2039592 ; Tribunal intermédiaire de Suqian, Jiangsu, 4 mai 2008, référence : CLI.C.383095.

¹²³⁵ Tribunal intermédiaire de Xiamen, Fujian, 3 décembre 2008, référence : CLI.C.290615 ; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 29 octobre 2013, référence : CLI.C.2130677 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 19 août 2013, référence : CLI.C.1951233 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 août 2013, référence : CLI.C.1953504 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 29 juillet 2013, référence : CLI.C.2058272. Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 juillet 2013, référence : CLI.C.1973884 ; Tribunal de base de Shizhong, Shandong, 13 juillet 2013, référence : CLI.C.1787944 ; Tribunal intermédiaire de Jiyuan, Henan, 2 septembre 2013, référence : CLI.C.1948203 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 août 2013, référence : CLI.C.1953504.

¹²³⁶ Tribunal intermédiaire de Yongzhou, Hunan, 30 septembre 2013, référence : CLI.C.2122060.

¹²³⁷ CPS, 24 avril 2008, référence : CLI.C.103991.

¹²³⁸ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 novembre 2005, référence : CLI.C.179577 ;

¹²³⁹ Premier Tribunal intermédiaire de Pékin, 4 décembre 2013, référence : CLI.C.212223.

¹²⁴⁰ CPS, 8 février 2006, référence : CLI.C.332022. ; Tribunal

¹²⁴¹ Tribunal intermédiaire de Quzhou, Zhejiang, 10 octobre 2013, référence : CLI.C.2108972.

¹²⁴² Tribunal intermédiaire de Quzhou, Zhejiang, 9 octobre 2013, référence : CLI.C.2122060.

¹²⁴³ En droit français, le contrôle de la clause pénale dans ces contrats consommateurs passe par le biais de la clause abusive. L'article R. 132-2 3° du Code de la consommation, qui présume abusive la clause ayant pour but ou pour effet d'« *imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné* ». V. G. Paisant, « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n°95-96 du 1^{er} fév. 1995 », *D.* 1995, *chron.*, p.223 ; Y.-M. Laithier, Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales), *RDC* 2009, p. 1650.

318. Une distinction s'impose ici : si le cumul de la clause pénale et des arrhes-exécution est condamné en droit chinois (A), il est en revanche admis en matière d'arrhes-résolution (B).

A Exclusion du cumul en cas d'arrhes-exécution

319. Le critère de distinction des deux clauses Contrairement au droit français, la distinction de ces deux clauses suscite peu de contentieux en droit chinois. La complexité du problème en droit français tient au fait que l'opération de distinction réside dans une recherche de la commune intention des parties. Or, la qualification des arrhes en droit chinois se fonde principalement sur le mécanisme juridique emprunté. Cette approche a pour effet de supprimer toute confusion possible entre la convention d'arrhes et la clause pénale. Ainsi, une « *clause pénale* » a été requalifiée en « *arrhes* » par les tribunaux puisque la stipulation contractuelle exigeait une remise de la somme d'argent par avance¹²⁴⁴.

320. L'exclusion du cumul Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les contrats en 1999, l'application cumulative des arrhes et de la clause pénale était parfaitement concevable en droit chinois. Aujourd'hui, cette éventualité est expressément condamnée par l'article 116 de la *LCC*¹²⁴⁵. L'interdiction du cumul est

¹²⁴⁴ Ance Tribunal de base de Babu, Guangxi, 17 décembre 2012, référence : CLI.C.1858304. Dans le même sens, Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 24 mars 2009, référence : CLI.C.277074.

¹²⁴⁵ « Lorsque les parties ont prévu dans leur contrat à la foi la clause pénale et la convention d'arrhes, elles peuvent choisir entre elles lorsque l'autre partie viole son obligation contractuelle ».

confortée par la jurisprudence¹²⁴⁶. La règle de non cumul est d'ordre public, et la clause contraire est réputée non écrite¹²⁴⁷.

321. L'exercice de l'option Le choix entre les deux clauses est en principe laissé au seul créancier victime de l'inexécution¹²⁴⁸. Aucune hiérarchie n'existe entre les deux branches de l'option, et le créancier peut choisir aussi bien la clause pénale¹²⁴⁹ que la convention d'arrhes¹²⁵⁰. S'il opte pour la clause pénale, le débiteur défaillant est alors tenu de restituer les arrhes qu'il a reçues, et une telle restitution, conséquence naturelle de la résolution du contrat, n'est pas contraire au principe de

¹²⁴⁶ Tribunal de base de Ganzhou, Gansu, 21 septembre 2010, référence : CLI.C.343248 ; Premier Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, référence : CLI.C.106308 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 1^{er} août 2013, référence : CLI.C.1953029 ; Tribunal de base de Jinshan, Shanghai, 6 janvier 2013, référence : CLI.C.2044696 ; Tribunal de base de Xinchang, Zhejiang, 19 décembre 2012, référence : CLI.C.1822996 ; Tribunal intermédiaire de Changzhou, Jiangsu, 10 septembre 2012, référence : CLI.C.2096590 ; Tribunal de base de Jiangnan, Guangxi, 6 septembre 2012, référence : CLI.C.1198256 ; Tribunal de base de Xiashan, Zhejiang, 4 juillet 2012, référence : CLI.C.1328795 ; Tribunal de base de Baoshan, 16 juin 2012, référence : CLI.C.1029834 ; Tribunal de base de Liunan, Guangxi, 10 mai 2012, référence : CLI.C.1200526 ; Tribunal de base de Linan, Zhejiang, 22 mars 2012, référence : CLI.C.1983277 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 5 mars 2012, référence : CLI.C.994036 ; Tribunal de base de Zhabei, Shanghai, 26 octobre 2010, référence : CLI.C.566193 ; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 27 septembre 2010, référence : CLI.C.836216 ; Tribunal de base de Jiulongpo, Chongqing, 18 août 2010, référence : CLI.C.323854 ; Tribunal intermédiaire de Dalian, Liaoning, 17 août 2010, référence : CLI.C.312632 ; Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 5 septembre 2010, référence : CLI.C.281054 ; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, référence : 25 novembre 2009, référence : CLI.C.526646 ; Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 18 novembre 2009, référence : CLI.C.1583009 ; Tribunal de base de Jianxi, Henan, 10 octobre 2009, référence : CLI.C.1683928 ; Tribunal de base de Qibing, Henan, 6 août 2009, référence : CLI.C.659483 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 12 décembre 2008, référence : CLI.C.503309 ; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Zhejiang, 9 septembre 2008, référence : CLI.C.1658369 ; Tribunal de base de Shaoxing, Zhejiang, 31 mars 2008, référence : CLI.C.1677254 ; Cinquième Tribunal intermédiaire de Chongqing, 6 novembre 2006, référence : CLI.C.73657 ; CPS, 16 août 2005, référence : CLI.C.183727 ; Premier Tribunal intermédiaire de Chongqing, 3 juin 2005, référence : CLI.C.17855 ; Tribunal intermédiaire de Foshan, Guangdong, 9 septembre 2004, référence : CLI.C.59505 ; Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 21 juillet 2004, référence : CLI.C.17654 ; Tribunal intermédiaire de Hangzhou, 26 décembre 2011 ; Tribunal de base de Hedong, Tianjin, 29 mars 2010, référence : CLI.C.516486 ; Tribunal intermédiaire de Shaoguan, Guangdong, 19 février 2014, référence : CLI.C.2718359.

¹²⁴⁷ Tribunal de base de Zhengjiang, Jiangsu, 11 janvier 2011, référence : CLI.C.1928124 ; Tribunal de base de Suyu, Jiangsu, 19 mai 2014, référence : CLI.C.3043113. Contra., Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 17 septembre 2014, référence : CLI.C.3236389.

¹²⁴⁸ Tribunal de base de Xinchang, Zhejiang, 19 décembre 2012, référence : CLI.C.1822996. Tribunal intermédiaire de Shenzhen, Guangdong, 5 février 2010, référence : CLI.C.281054 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 23 juillet 2012, référence : CLI.C.1051455.

¹²⁴⁹ Tribunal de base de Daxing, Pékin, 18 janvier 2013, référence : CLI.C.1341295 ; Tribunal de base de Xinchang, Zhejiang, 19 décembre 2012, préc. ; Tribunal intermédiaire de Changzhou, Jiangsu, 10 septembre 2012, référence : CLI.C.1198256 ; Tribunal de base de Liunan, Guangxi, 10 mai 2012, référence : CLI.C.1195084 ; Tribunal de base de Zhabei, Shanghai, 20 octobre 2010, référence : CLI.C.566193 ; Tribunal de base de Jianxi, Henan, 10 octobre 2009, référence : CLI.C.763859 ; Tribunal de base de la nouvelle région de haute technologie, Henan, 18 août 2009, référence : CLI.C.756437 ; Tribunal de base de Pudong, 12 décembre 2008, référence : CLI.C.503709 ; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Zhejiang, 9 septembre 2008, référence : CLI.C.1658369 ; Tribunal intermédiaire de Chengdu, Sichuan, 11 juin 2008, référence : CLI.C.108474 ; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 21 février 2008, référence : CLI.C.553959 ; Tribunal intermédiaire de Foshan, Guangdong, 9 septembre 2004, référence : CLI.C.59644 ; Tribunal intermédiaire de Yancheng, Jiangsu, 26 février 2014, référence : CLI.C.2538980.

¹²⁵⁰ Tribunal de base de Jiulongpo, Chongqing, 18 août 2010, référence : CLI.C.323854 ; Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 18 novembre 2009, référence : CLI.C.1583069 ; Cinquième Tribunal intermédiaire de Chongqing, 6 novembre 2006, référence : CLI.C.73657 ; Tribunal intermédiaire de Foshan, 12 août 2004, référence : CLI.C.59505 ; Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 21 juillet 2004, référence : CLI.C.17654 ; Tribunal intermédiaire de Changzhou, Jiangsu, 18 juillet 2014, référence : CLI.C.3277946.

non cumul¹²⁵¹. Un doute est permis pour savoir si ce choix présente ou non un caractère irréfragable¹²⁵².

Mais on constate que dans la pratique, sous couvert d'une liberté de choix laissée au créancier, c'est parfois le juge qui décide la sanction mise en place. Ainsi le refus de restituer les arrhes reçues est interprété par les tribunaux comme valant une option en faveur du jeu des arrhes¹²⁵³, et le fait pour le créancier d'accepter la restitution intégrale des arrhes après le manquement contractuel commis par son cocontractant vaut parfois une renonciation à son droit de se prévaloir du jeu de double restitution¹²⁵⁴. Parfois encore, en présence d'une demande cumulative, le juge accueille l'une et condamne l'autre, sans expliquer davantage la raison d'un tel choix¹²⁵⁵. La solution s'explique parfois par un souci d'équilibre : il faut assurer la réparation intégrale de la partie lésée, et en même temps éviter que la peine ne soit pas trop importante pour le débiteur défaillant¹²⁵⁶. Une nouvelle illustration du pragmatisme juridique des magistrats chinois.

B Admission du cumul en cas d'arrhes-résolution

322. Les arrhes-résolution peuvent se cumuler avec la clause pénale *A priori*, l'existence de la convention d'arrhes-résolution devrait priver la clause pénale de tous ses effets¹²⁵⁷. Mais comme nous l'avons vu, les arrhes-résolution ne donnent pas à son titulaire un vrai droit subjectif de rupture, mais plutôt une simple défense contre l'exécution forcée. Ainsi, la jurisprudence décide que malgré la généralité du

¹²⁵¹ Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 1^{er} août 2013, référence : CLI.C.1953029 ; Tribunal de base de Liunan, Guangxi, 10 mai 2012, préc. ; Tribunal de base de la nouvelle région de haute technologie, Henan, 18 août 2009, préc. ; Tribunal de base de Ruzhou, Henan, 17 août 2009, référence : CLI.C.259329 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 23 septembre 2005, référence : 143296 ; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 17 octobre 2005, référence : CLI.C.140274.

¹²⁵² Tribunal de base de Shifeng, Hunan, 27 février 2012, référence : CLI.C.1257003. (cette décision permet au créancier de revenir son choix au cours du procès). Contra., Tribunal de base de Baoshan, Shanghai, 6 juin 2012, référence : CLI.C.1029834. (le créancier a notifié le débiteur sa décision de ne plus restituer les arrhes versées. Il ne peut plus demander par la suite le bénéfice de la clause pénale).

¹²⁵³ Deuxième Tribunal intermédiaire de Pékin, 23 mars 2009. L'exécution tardive de l'obligation a été jugée insuffisant pour déclencher le jeu des arrhes. Dans le même sens, Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 22 juin 2005, référence : CLI.C.145748 ; Tribunal intermédiaire de Dalian, Liaoning, 27 février 2014, référence : CLI.C.2492194.

¹²⁵⁴ Premier Tribunal intermédiaire de Chongqing, 3 juin 2005, référence : CLI.C.17555. Contra., Tribunal de base de Qidong, Jiangsu, 12 avril 2012, référence : CLI.C.1912288. Le créancier a déjà accepté une partie des arrhes, et il peut toujours demander la mise en œuvre de la clause pénale, sous réserve d'une compensation entre les deux sommes.

¹²⁵⁵ Tribunal de base de Jiangnan, Guangxi, 6 septembre 2012, référence : CLI.C.1198256 ; Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, 4 juillet 2012, référence : CLI.C.1328795 ; Tribunal de base de Linan, Zhejiang, 22 mars 2012, référence : CLI.C.1983277 ;

¹²⁵⁶ Ce motif apparaît dans la motivation de plusieurs jugements. V. Tribunal intermédiaire de Sanmen, Henan, 14 novembre 2011, référence : CLI.C.1418431 ; Tribunal de base de Hedong, Tianjin, 29 mars 2010, référence : CLI.C.516486 ;

¹²⁵⁷ C'est d'ailleurs ce que pense la doctrine. V., Han shiyuan, *op. cit.*, p.672.

terme employé, l'article 116 de la *LCC* ne concerne que les seules arrhes-exécution¹²⁵⁸. Par conséquent, ce texte ne fait pas obstacle à un éventuel cumul entre la clause pénale et les arrhes-résolution¹²⁵⁹.

Section III Les arrhes et les dommages-intérêts de droit commun

323. L'étude des dommages-intérêts en général (§1) précèdera leur articulation avec les arrhes (§2).

§1. Les dommages-intérêts en général

324. Puisque les arrhes ont vocation à intervenir tant au stade précontractuel qu'au cours d'exécution, il faut envisager successivement la responsabilité civile précontractuelle (A) et la responsabilité civile contractuelle (B).

A La responsabilité civile précontractuelle en droit chinois

¹²⁵⁸ Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 11 mars 2014, référence : CLI.C.3405921.

¹²⁵⁹ Ainsi, selon alinéa 2 de l'art. 26 des Avis du Tribunal Supérieur de Pékin sur certaines issues relevant du contrat de vente, « lorsque les parties prévoient à la foi la clause pénale et les arrhes dont la nature se trouve précisée dans le contrat, le tribunal populaire rejette la demande de l'une des parties visant à cumuler le jeu des arrhes-exécution et celui de la clause pénale ; la demande doit néanmoins être approuver lorsqu'il s'agit d'un cumul de la convention d'arrhes-résolution et la clause pénale ». Pour une application concrète, Tribunal de base de Haiyan, Zhejiang, 11 août 2014, référence : CLI.C.3447448.

325. Une présentation sommaire de la responsabilité précontractuelle en droit chinois Le droit commun de la responsabilité précontractuelle trouve son siège principal dans l'art. 42 de la *LCC*. Trois hypothèses sont envisagées par ce texte : « *il s'agit de négociier de mauvaise foi sous prétexte de contracter, de cacher intentionnellement des faits importants concernant la conclusion du contrat ou fournir de fausses informations ou d'autres comportements contraires au principe de bonne foi* »¹²⁶⁰.

Le terme « *responsabilité précontractuelle* » employé ici n'a qu'une valeur approximative. En réalité, ce texte exige seulement que les faits critiqués soient intervenus avant la conclusion du contrat. Par conséquent, la jurisprudence l'applique aussi dans des cas où un contrat conclu a fait l'objet d'une annulation par la suite¹²⁶¹.

Le fondement d'une telle responsabilité est le principe de bonne foi, et les deux cas précis donnés par le texte n'en sont que des illustrations concrètes¹²⁶². Sont considérés comme contraires au principe de bonne foi le fait de laisser croire à l'autre la conclusion finale du contrat¹²⁶³, de tirer les profits de l'annulation¹²⁶⁴, de revenir sur les points fixés au cours de la négociation¹²⁶⁵, de continuer à négocier le contrat tout en sachant que celui-ci est entaché d'une cause de nullité¹²⁶⁶, ou de rendre impossible la formation du contrat par son fait personnel¹²⁶⁷. Dans les cas où les deux parties manquent à leur obligation de bonne foi, la réparation des préjudices se

¹²⁶⁰ Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, « Le nouveau droit chinois des contrats internationaux », *JDI*, 2002, n°16, p.131.

¹²⁶¹ Tribunal intermédiaire de Xiamen, Fujian, 11 mars 2013, référence : CLI.C.1057783 ; Tribunal de base de Wuxiu, Henan, 3 septembre 2014, référence : CLI.C.3357284.

¹²⁶² Ce qui n'est pas le cas dans certains projets, où l'exigence de bonne foi équivaut la première hypothèse citée ci-dessus. V. à titre d'exemple, L'art. 2:301 du Principes du droit européen du contrat.

¹²⁶³ Tribunal de base de Suxian, Hunan, 11 avril 2013, référence : CLI.C.2037857 ; Tribunal de base de Xuhui, Shanghai, 4 juillet 2012, référence : CLI.C.1029658 ; Tribunal intermédiaire de Quilin, Guangxi, 7 mars 2012, référence : CLI.C.1058096 ; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 25 novembre 2011, référence : CLI.C.1052437 ; Tribunal de base de Luliang, Yunnan, 5 août 2014, référence : CLI.C.3303538 ; Tribunal de base de Pékin, 22 mai 2014, référence : CLI.C.2976107, Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 11 février 2014, référence : CLI.C.2321677 ;

¹²⁶⁴ Tribunal intermédiaire de Xiamen, Fujian, 11 mars 2013, préc. ; Tribunal intermédiaire de Wuhu, Anhui, 24 avril 2014, référence : CLI.C.2941450 ;

¹²⁶⁵ Tribunal de base de Zhanhe, Henan, 19 novembre 2011, référence : CLI.C.1016650.

¹²⁶⁶ Deuxième tribunal intermédiaire de Hainan, référence : 9 avril 2013, référence : CLI.C.1800076 ; Tribunal de base de Tongbai, Henan, 10 mai 2012, référence : CLI.C.1147379 ; Tribunal de base Yima, Henan, 12 août 2014, référence : CLI.C.3239698 ; Tribunal intermédiaire de Fushun, Liaoning, 25 juillet 2014, référence : CLI.C.3204150 ; Tribunal intermédiaire de Dazhou, Sichuan, 8 juillet 2014, référence : CLI.C.3365475 ; Tribunal intermédiaire de Dalian, Liaoning, 8 avril 2014, référence : CLI.C.2820049 ; Tribunal supérieur de Shanxi, 11 juillet 2013, référence : CLI.C. 2289652.

¹²⁶⁷ Tribunal de base de Fengxian, Shanghai, 24 septembre 2012, référence : CLI.C.1371372 ; Tribunal de base de Songjiang, 13 août 2012, référence : CLI.C.1358664.

répartit entre elles¹²⁶⁸. La négligence ou l'imprudence du créancier a pour effet de diminuer son droit à réparation¹²⁶⁹.

Cette responsabilité précontractuelle suppose l'existence d'un préjudice réel subi par la victime, et la simple faute précontractuelle ne suffit pas¹²⁷⁰. Le devoir de minimiser le dommage, initialement prévu pour la responsabilité contractuelle¹²⁷¹, s'applique aussi à la matière¹²⁷².

326. Comparaison avec le régime des arrhes-promesse Par rapport au droit commun examiné ci-dessus, le régime des arrhes-promesse présente quelques spécificités qui leur donnent une efficacité plus forte.

Le premier avantage de la convention d'arrhes réside dans la possibilité laissée aux parties de fixer elles-même les conditions d'application de la sanction. Le moindre manquement au devoir précontractuel est susceptible de déclencher le jeu des arrhes¹²⁷³.

La deuxième différence concerne l'exigence du préjudice. Une telle condition est écartée en présence d'une clause d'arrhes-promesse, : le simple constat que la non-conclusion du contrat est imputable à l'une des parties suffit à déclencher la sanction¹²⁷⁴. De là découle une autre conséquence logique : le devoir de minimiser le préjudice devient sans objet au cas des arrhes-promesse¹²⁷⁵.

La seule règle qui n'augmente pas l'efficacité de la convention d'arrhes par rapport au droit commun, c'est le principe du « *tout ou rien* » : le jeu des arrhes ne peut être invoqué que par la partie innocente, et il est écarté lorsque la faute est partagé entre les deux parties¹²⁷⁶.

¹²⁶⁸ Tribunal intermédiaire de Huzhou, Zhejiang, 8 octobre 2012, référence : CLI.C.1057783 ; Tribunal de base de Baoshan, Shanghai, 30 septembre 2011, référence : CLI.C.896687 ; Tribunal de base de Linwu, Hunan, 26 septembre 2011, référence : CLI.C.1264325.

¹²⁶⁹ Tribunal intermédiaire de Kaifeng, Henan, 5 août 2014, référence : CLI.C.3235728 ; Tribunal de base de Zhanhe, Henan, 1 avril 2014, référence : CLI.C.2933634.

¹²⁷⁰ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 3 mars 2011, référence : CLI.C.1047597.

¹²⁷¹ L'art.119 de la LCC.

¹²⁷² Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 25 novembre 2011, référence : CLI.C.896687 ; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 13 juin 2013, référence : CLI.C.1868086.

¹²⁷³ Sur ce point, v. *supra.*, n°232.

¹²⁷⁴ Pour une illustration éclairante : Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 25 février 2010, référence : CLI.C.459647.

¹²⁷⁵ Même si l'exclusion de ce devoir n'est pas explicitement consacrée par la jurisprudence, les juges ne raisonnent jamais en termes de minimiser les dommages lorsqu'il s'agit d'une convention d'arrhes-promesse.

¹²⁷⁶ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 15 mars 2013, référence : CLI.C.2052405 ; Tribunal de base de Minhang, 19 juin 2012, référence : CLI.C.1372540 ; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 17 janvier 2011, référence : CLI.C.439852.

B La responsabilité civile contractuelle en droit chinois

327. Le siège légal de la responsabilité contractuelle en droit chinois La disposition majeure en la matière est l'article 113 de la *LCC*. Selon ce texte, « *le montant des dommages-intérêts doit être équivalent au préjudice subi du fait de l'inexécution, comprenant le bénéfice dont le créancier a été privé, sans pouvoir dépasser le préjudice que le débiteur a prévu ou qu'il aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution* »¹²⁷⁷. Le régime du droit chinois de la responsabilité contractuelle présente quelques particularités par rapport à celui du droit français.

328. Refus de réparation des préjudices moraux et la règle de l'option entre la responsabilité contractuelle et délictuelle Contrairement au droit français, le droit chinois des contrats refuse de réparer les préjudices moraux, seuls les dommages matériels et corporels sont réparables sur le fondement de la responsabilité contractuelle. La jurisprudence est constante sur ce point¹²⁷⁸. Mais pour comprendre cette solution au premier abord injuste, il faut la placer dans un contexte plus général en tenant compte d'une autre règle existante en droit chinois. L'article 122 de la même loi permet au contractant d'engager la responsabilité délictuelle de l'autre partie lorsque les dommages corporels ou patrimoniaux surviennent à l'occasion de l'exécution du contrat. En d'autres termes, le droit chinois admet le cumul, et plus précisément l'option entre les deux types de responsabilités. Or, la réparation des préjudices moraux est admise depuis longtemps en matière de responsabilité délictuelle¹²⁷⁹. Une telle possibilité de choix n'existe pas en droit français, à cause du principe de non-cumul des deux responsabilités¹²⁸⁰. Dans ce contexte, la possibilité pour une partie de demander la réparation des préjudices moraux dans un cadre contractuel présente une nécessité qui est absente dans le système juridique chinois.

¹²⁷⁷ Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine, *art. préc.*, n°29, p.148.

¹²⁷⁸ Tribunal de base de Wugang, Hubei, 30 mai 2014, référence : CLI.C.3039037; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 28 décembre 2013, référence : CLI.C.2122207; Tribunal intermédiaire de Fuzhou, Fujian, 18 octobre 2014, référence : CLI.C.3569441; Tribunal de base de Shushan, Anhui, 16 octobre 2014, référence : CLI.C.3587668; Tribunal intermédiaire de Changchun, Jilin, 13 octobre 2014, référence : CLI.C.3536019; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 8 octobre 2014, référence : CLI.C.3558938; Tribunal de base de Hedong, Tianjin, 24 septembre 2014, référence : CLI.C.3521836.

¹²⁷⁹ Pour une illustration en contrat de transport, Tribunal intermédiaire de Huaibei, Anhui, 21 août 2014, référence : CLI.C.3391256.

¹²⁸⁰ Cass. Civ. 11 janvier 1922, *GAJC*, n°181.

Ce n'est qu'en rapprochant ces deux questions que l'on peut avoir une vision plus claire des choses.

329. La réparation du simple préjudice prévisible au moment de la conclusion du contrat Seuls les préjudices prévisibles lors de la conclusion du contrat ouvrent droit à réparation. Ce principe est énoncé par l'Article 122 de la *LCC*. Pour apprécier le caractère prévisible du dommage, on se place au moment de la conclusion du contrat¹²⁸¹. Parfois, c'est la cause du préjudice qui est visée. Se trouve ainsi exclus les dommages liés au changement du marché¹²⁸² ou aux changements législatif et règlementaire,¹²⁸³ imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Il en va de même pour la manque de gain liée à la non-conclusion du contrat avec un tiers, si ce fait est inconnu de l'autre partie¹²⁸⁴. Parfois, c'est l'étendue du préjudice qui peut être jugée imprévisible¹²⁸⁵. En revanche, ne sont pas des préjudices imprévisibles ceux dont l'existence ne peut¹²⁸⁶ ou n'aurait pas pu¹²⁸⁷ être ignorée par le débiteur. La qualité des deux contractants joue un rôle important dans la détermination du caractère prévisible du dommage¹²⁸⁸.

Même si la règle existe aussi en droit français, certaines divergences ne doivent pas être négligées. Contrairement à ce dernier, le droit chinois n'écarte pas le principe en présence du dol ou de faute lourde du débiteur¹²⁸⁹. Ceci est sans doute liée à une autre différence dans les deux systèmes : le droit chinois des contrats ne connaît pas une règle équivalente à celle énoncée par l'article 1151 du Code civil. Ce dernier texte limite la réparation, même en cas de dol ou de faute lourde, à « *ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ». Par conséquent, le principe de prévisibilité à la chinoise est en réalité un mélange de deux règles en droit

¹²⁸¹ Tribunal intermédiaire de Weihai, Shandong, 21 mars 2013, référence : CLI.C.2122846.

¹²⁸² Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 9 juin 2011, référence : CLI.C.636811 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 8 octobre 2013, référence : CLI.C.2191618.

¹²⁸³ Tribunal supérieur de Zhejiang, 22 août 2008, référence : CLI.C.240749.

¹²⁸⁴ Tribunal de base de Qinyang, Henan, 20 mars 2013, référence : CLI.C. 2641400 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 7 septembre 2009, référence : CLI.C.196350.

¹²⁸⁵ Tribunal supérieur de Shanghai, 30 octobre 2013, référence : CLI.C.2186151 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 8 octobre 2013, référence : CLI.C.2215620.

¹²⁸⁶ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 août 2011, référence : CLI.C.1007032 ; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 août 2011, référence : CLI.C.636811. La possibilité de sous-location est expressément prévue dans le contrat de bail. Le bailleur qui a résilié de manière anticipé le bail ne peut pas ignorer le préjudice quant à la perte des loyers provenant de la sous-location ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 23 avril 2013, référence : CLI.C.1502432.

¹²⁸⁷ Tribunal de base de Jingkou, Jiangsu, 11 septembre 2001, référence : CLI.C.88519 ; Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 27 novembre 2000, référence : CLI.C. 238292.

¹²⁸⁸ Tribunal intermédiaire de Jiangmen, Guangdong, 20 octobre 2013, référence : CLI.C.2143595 ; Tribunal intermédiaire de Shaoxing, Zhejiang, 22 septembre 2013, référence : CLI.C.2236145 ; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 3 mai 2013, référence : CLI.C.1948639.

¹²⁸⁹ Cette exception est prévue en droit français par l'article 1150 du Code civil.

français. L'examen de la jurisprudence montre clairement qu'il s'agisse le plus souvent une exigence causale entre le préjudice et l'inexécution¹²⁹⁰.

330. Le devoir du créancier de minimiser son dommage Une autre différence remarquable réside dans le principe de minimiser le dommage reconnu par la *LCC*¹²⁹¹. Selon ce texte, « *le créancier doit adopter des moyens appropriés afin de limiter les pertes, à défaut, le débiteur n'est pas tenu de réparer la perte qui aurait dû être évitée* »¹²⁹². La jurisprudence chinoise nous en donne de nombreuses illustrations. Le preneur à bail doit prendre les mesures nécessaires pour préserver son activité économique, après la violation par le bailleur à son obligation d'assurer la jouissance paisible des locaux¹²⁹³ ; le bailleur quant à lui, doit récupérer le bien loué dans un délai raisonnable après la rupture du contrat¹²⁹⁴, et doit se montrer diligent pour que le bien soit reloué¹²⁹⁵ ; le créancier ne doit pas laisser périr la chose objet du contrat, cela même en présence du manquement contractuel de l'autre partie¹²⁹⁶ ; et il doit prendre les mesures nécessaires pour remédier au défaut de qualité des produits afin de ne pas violer sa propre obligation vis-à-vis d'un tiers contractant¹²⁹⁷. En face d'une inexécution prolongée dans le temps, le contractant doit, dans la mesure possible,

¹²⁹⁰ On trouve ainsi des décisions qui rejettent certains chefs de préjudices sur le fondement de la théorie de prévisibilité, au motif que ceux-ci n'ont aucun rapport avec le manquement contractuel (tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 29 octobre 2013, référence : CLI.C.2130677). Dans une autre affaire, celui qui a cédé son fonds de commerce à un tiers ne peut pas réclamer la réparation du préjudice résultant de la différence du prix entre cette nouvelle cession et celle projetée avec le cessionnaire défaillant. La Cour a considéré que le cédant pourrait parfaitement exploiter le fond par lui-même, de sorte que le préjudice qu'il a prétendu ne constituait pas une suite directe et inévitable de l'inexécution (Tribunal intermédiaire de Zhoushan, Zhejiang, 19 juin 2013, référence : CLI.C.1766555). Ce rapprochement à la théorie de causalité apparaît de manière encore plus claire dans une décision rendue par la Cour Populaire Suprême (CPS, référence : CLI.C.330364). Un contrat de vente de coton a été conclu en janvier 2004. Le vendeur n'a pas livré les cotons conformément à la quantité prévue dans le contrat. L'acheteur a demandé la réparation du préjudice correspondant au gain manqué lié à l'insuffisance de la livraison. Le montant était calculé sur le prix du marché au moment de la conclusion du contrat, l'époque où le marché de coton connaissait une hausse de prix considérable. Mais le prix était retombé au cours des mois mai-juin, ce qui a conduit les juges à refuser en partie les préjudices réparables. Selon eux, cette partie des préjudices subsisterait même si la livraison était conforme au contrat.

¹²⁹¹ L'article 119 de la LCC.

¹²⁹² Xiao-Ying Li-Kotovdtchikhine, *art. préc.*, n°29, p. 148

¹²⁹³ Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 1 février 2013, référence : CLI.C.1426200 ; Tribunal intermédiaire de Xi'an, Shanxi, 1 novembre 2011, référence : CLI.C.815799 ; Tribunal intermédiaire de Jiaozuo, Henan, 12 décembre 2013, référence : CLI.C.2218530 ;

¹²⁹⁴ Tribunal de base de Mianchi, Henan, 5 janvier 2013, référence : CLI.C.1457936 ; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 5 janvier 2013, référence : CLI.C.1457936 ; Tribunal de base de Yanling, Henan, 16 janvier 2012, référence : CLI.C.865334 ; Tribunal intermédiaire de Xinxiang, Henan, 11 octobre 2013, référence : CLI.C.2424965 ;

¹²⁹⁵ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 14 août 2013, référence : CLI.C.1774385 ; Tribunal de base de Youxi, Fujian, 8 novembre 2013, référence : CLI.C.2260720 ; Tribunal de base de Jiangdong, Zhejiang, 4 mai 2014, référence : CLI.C.2914678 ; Tribunal de base de Cixi, Zhejiang, 2 avril 2014, référence : CLI.C.2942492 ; Tribunal de base de Poyang, Jiangxi, 31 mars 2014, référence : CLI.C.2994721 ; Tribunal supérieur de Hebei, 24 mars 2014, référence : CLI.C.2545143 ; Tribunal de base de Kaifu, Hunan, 9 août 2013, référence : CLI.C.2438064 ; Tribunal de base de Xiangcheng, Jiangsu, 19 juillet 2013, référence : CLI.C.1865660 ; Tribunal de base de Xuhui, Shanghai, 27 mars 2013, référence : CLI.C.2003710.

¹²⁹⁶ Tribunal de base de Huli, Fujian, 17 août 2013, référence : CLI.C.1783054 ; Tribunal de base de Liuyang, Hunan, 10 avril 2013, référence : CLI.C.7779966 ; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Jiangsu, 4 août 2014, référence : CLI.C.3190372 ; Tribunal intermédiaire de Akesu, Xinjiang, 4 mai 2014, référence : CLI.C.2800976 ; Tribunal de base de Changping, Pékin, 3 décembre 2013, référence : CLI.C.2629070.

¹²⁹⁷ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 26 septembre 2012, référence : CLI.C.1376406.

faire intervenir un tiers ou fournir lui-même la prestation¹²⁹⁸. Les dispenses engendrées par ces mesures utiles pèsent ultérieurement sur le débiteur défaillant¹²⁹⁹. Enfin, de manière plus générale, la loi exige parfois que le créancier se montre diligent pour engager la responsabilité du débiteur dans un délai raisonnable¹³⁰⁰. Dans la pratique, le juge fixe très souvent un « *délai raisonnable* », variable selon les circonstances¹³⁰¹. Une fois ce délai expiré, le préjudice subi ne sera plus couvert par la responsabilité contractuelle¹³⁰². Mais contrairement au système de la *Common Law* dont l'influence demeure pourtant prépondérante dans ce domaine, une telle règle n'a pas pour effet de faire de l'exécution en nature un remède exceptionnel¹³⁰³. C'est sur le terrain de la responsabilité civile que le devoir de « *mitigation* » déploie ses effets principaux. L'expérience du droit chinois montre une coexistence possible entre le principe du droit à l'exécution forcée d'une part, et le devoir pour le créancier de minimiser son dommage d'autre part.

§2. L'articulation de la convention d'arrhes avec les dommages et intérêts

331. Les dommages-intérêts et les arrhes-promesse La question du cumul des arrhes-promesse et les dommages-intérêts se pose rarement dans la pratique. Il est

¹²⁹⁸ Tribunal de base de Jianggan, Zhejiang, 20 août 2014, référence : CLI.C.3262261 ; Tribunal intermédiaire de Yancheng, Jiangsu, 18 avril 2014, référence : CLI.C.2658494 ; Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 15 avril 2014, référence : CLI.C.2912264 ; Tribunal intermédiaire de Taizhou, Zhejiang, 22 janvier 2014, référence : CLI.C.2480844 ; Tribunal de base de Yunlong, Jiangsu, 16 décembre 2013, référence : CLI.C.2754708 ; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 12 novembre 2013, référence : CLI.C.2172322 ; Tribunal supérieur de Guangxi, 28 août 2013, référence : CLI.C.2132203 ; Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 17 avril 2013, référence : CLI.C.1419315.

¹²⁹⁹ Tribunal intermédiaire de Zhengzhou, Henan, 6 juin 2014, référence : CLI.C.2853612 ; Tribunal intermédiaire de Wuhan, Hubei, 5 mai 2014, référence : CLI.C.2914678 ; Tribunal de base de Changzhou, Guangxi, 20 août 2013, référence : CLI.C.1985395.

¹³⁰⁰ Deuxième Tribunal intermédiaire de Pékin, 3 août 2011, référence : CLI.C.386667 ; Tribunal de base de Huangpu, Shanghai, 14 août 2013, référence : CLI.C.1774385 ; Tribunal intermédiaire de Huai'an, Jiangsu, 17 avril 2013, référence : CLI.C.1873752.

¹³⁰¹ Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 1 février 2013, préc., (un mois) ; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 5 janvier 2013, préc., (deux mois).

¹³⁰² Tribunal intermédiaire de Dongguan, Guangdong, 19 décembre 2012, référence : CLI.C.1421274.

¹³⁰³ Tribunal intermédiaire de Xuzhou, Jiangsu, 16 avril 2013, référence : CLI.C.1419315. Le vendeur a manqué son obligation de réparation pour les vices de l'immeuble vendue. Le montant des dommages-intérêts se trouve diminué au motif que l'acheteur aurait pu faire venir un tiers ou réparer lui-même l'immeuble afin d'éviter l'accroissement du préjudice. Or, ce devoir de minimiser le dommage n'est pas présenté par les juges comme étant un obstacle à la demande d'une exécution forcée en nature.

peu probable que le montant des arrhes s'avère insuffisant par rapport au préjudice réel, alors que l'on se trouve dans une période précontractuelle. Par les quelques décisions où la question leur était posée, les juges ne semblent pas avoir une position cohérente : certaines décisions semblent exclure la règle de droit commun en présence d'une clause d'arrhes-promesse¹³⁰⁴, d'autres admettent par contre un tel cumul¹³⁰⁵. La question n'a pas été abordée par la doctrine.

332. Les dommages-intérêts et les arrhes-exécution Le cumul entre les dommages-intérêts et les arrhes-exécution est admis en droit positif chinois, quoique strictement encadré.

La question du cumul de ces deux sanctions ne fait l'objet d'aucune disposition spéciale ni dans la *LCS*, ni dans la *LCC*. Mais la jurisprudence a très tôt consacré cette possibilité¹³⁰⁶, malgré quelques rares décisions dans le sens inverse¹³⁰⁷. Deux arguments ont été avancés pour justifier un tel choix. Le premier réside dans la différence de nature qui sépare les deux notions. Les arrhes-exécution se montrent *a priori* indifférentes à l'existence du préjudice. Le second argument est d'ordre textuel. Le législateur n'interdit pas, contrairement à ce qu'il a fait à propos de la clause pénale, l'application du droit commun de la responsabilité contractuelle après la mise en œuvre de la convention d'arrhes, ce qui doit être interprété comme une admission implicite. Le doute a été récemment levé par la Cour suprême dans son interprétation judiciaire sur la vente¹³⁰⁸. L'article 28 de ce texte autorise expressément le cumul des deux institutions¹³⁰⁹.

La consécration judiciaire d'un tel cumul s'accompagne en même temps d'une limite importante. Pour obtenir une indemnité supplémentaire, le créancier doit

¹³⁰⁴ Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 14 avril 2011, référence : CLI.C.986143. (La force est de constater que la formule employée par les juges est très prudente, selon laquelle le jeu des arrhes-promesse exclue *normalement* le droit commun de la responsabilité précontractuelle).

¹³⁰⁵ Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 21 janvier 2013, référence: CLI.C.1996561. (Le cumul est admis en principe, mais est refusé en l'espèce) ; Tribunal intermédiaire de Xuchang, Henan, 10 septembre 2014, référence : CLI.C.3343760.

¹³⁰⁶ Tribunal de base de Zhengdong, Hainan, 31 mars 2000, référence : CLI.C.969; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 25 mars 2005, référence : CLI.C.80542; Tribunal de base de Zhuxi, Hubei, 8 août 2004, référence : CLI.C.92017; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 21 août 2007, référence : CLI.C. 120272; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 10 mars 2008, référence : CLI.C.172174; Tribunal de base de Xiaoshan, Zhejiang, référence : CLI.C.1615130; Tribunal intermédiaire de Yongzhou, Hunan, 14 juin 2013, référence : CLI.C.2121790; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 8 septembre 2010; Deuxième Tribunal intermédiaire de Shanghai, 14 avril 2009, référence : CLI.C.325836; Tribunal de base de Jiaojiang, Zhejiang, 30 avril 2009, référence : CLI.C.210798;

¹³⁰⁷ Tribunal intermédiaire de Yichang, Hubei, 8 décembre 2001, référence : CLI.C.45161; Tribunal de base de Jinzhou, Zhejiang, 2 mars 2009, référence : CLI.C.1629584; Tribunal de base de Songjiang, Shanghai, 6 mai 2009, référence : CLI.C.137430.

¹³⁰⁸ Fashi (2012) n°7 du 10 mai 2012.

¹³⁰⁹ « Lorsque les arrhes stipulées dans la vente sont insuffisantes eu égard du préjudice subi par la victime du manquement contractuel, celle-ci peut demander des dommages-intérêts supplémentaires, à condition que le montant total n'excède pas le préjudice réellement causé ».

prouver¹³¹⁰ que son préjudice ne peut pas être intégralement réparé par les arrhes¹³¹¹. La détermination du préjudice réparable se fait selon les règles gouvernant la responsabilité contractuelle¹³¹². Ce préjudice réel constitue en outre le plafond maximal de la réparation¹³¹³.

333. Les dommages-intérêts et les arrhes-résolution L'article 28 de la *LCC* précité emploie le terme d'« *arrhes* » sans autre précision. Le doute était permis de savoir si ce texte s'appliquait aussi au cas des arrhes-résolution. La jurisprudence a donné une réponse affirmative. Dans deux décisions récentes¹³¹⁴, les juges ont condamné l'auteur fautif de la résolution à payer des dommages-intérêts supplémentaires après la mise en jeu de la double restitution des arrhes. Les conditions et les modalités de ce cumul sont identiques en matière d'arrhes-exécution.

Le doute subsiste pour déterminer le *quantum* de cette réparation. La majorité des décisions admettent la combinaison entre la résolution et l'intérêt positif¹³¹⁵ du

¹³¹⁰ Sur cette charge de preuve : Tribunal intermédiaire de Jiaozuo, Henan, 23 juillet 2013, référence : CLI.C.1985141; Tribunal supérieur de Shandong, 31 mai 2013, référence : CLI.C.1798427; Tribunal de base de Qinyang, Henan, 4 juillet 2012.

¹³¹¹ Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 5 février 2007, référence : CLI.C.123548; Tribunal de base de Liunan, Guangxi, 19 novembre 2012, référence : CLI.C.1187866; Tribunal intermédiaire de Jiangmen, Guangdong, 5 janvier 2013, référence : CLI.C.2135143; Tribunal intermédiaire de Jiaxing, Zhejiang, 7 septembre 2012, référence : CLI.C.1811008; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 30 décembre 2011, référence : CLI.C.997643; Tribunal de base de Gongshu, Zhejiang, 10 novembre 2010, référence : CLI.C.1527149; Tribunal de base de Jiangdong, Zhejiang, 28 juin 2010, référence:CLI.C.1553612; Tribunal de base de Ningxiang, Hunan, 23 juin 2009, référence : CLI.C.1316872; Tribunal intermédiaire de Ningbo, Zhejiang, 23 avril 2009, référence :CLI.C.287595; Tribunal de base de Zhenghai, Zhejiang, 24 décembre 2008, référence : CLI.C.1636002; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 16 septembre 2008, référence : 489709; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 16 avril 2008, référence : CLI.C.468216; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 21 août 2007, référence : CLI.C.120272; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 25 mars 2005, référence :CLI.C.80542; Tribunal de base de Nanhui, Shanghai, 1 mars 2005, référence : CLI.C.150478; Tribunal intermédiaire de Hengyang, Hunan, 9 avril 2014, référence : CLI.C.2671060.

¹³¹² Pour une illustration où le principe de minimiser le dommage s'applique pour fixer le préjudice réparable, Tribunal de base de Erqi, Henan, 13 janvier 2003, référence : CLI.C.12424.

¹³¹³ Tribunal intermédiaire de huaihua, Hunan, 11 mai 2013, référence : CLI.C.1854426; Premier Tribunal intermédiaire de Shanghai, 21 novembre 2013, référence : CLI.C.1347956; Tribunal supérieur de Henan, 1 juin 2009, référence : CLI.C.192722.

¹³¹⁴ Tribunal de base de Yuzhou, Guangxi, 16 mai 2012, référence : CLI.C.1194965. ; Tribunal de base de Cangzhou, Hebei, 5 novembre 2013, référence : (2012) 运民初字第185号.

¹³¹⁵ Sur la distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif, v., Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, préc.*, n°109 et s. « L'intérêt positif peut être défini comme l'intérêt du créancier à l'exécution régulière de l'obligation contractuelle. Il consiste, en d'autres termes, à placer le cocontractant dans la même situation patrimoniale que celle où il se serait trouvé si l'obligation avait été complètement et ponctuellement exécutée ». n°110, p.160. Quant à l'intérêt négatif, « L'objectif est de réparer le dommage que le créancier subit du fait de la conclusion du contrat, de faire comme si le fait extérieur de la conclusion n'avait pas existé ». n°119, p.173

contractant¹³¹⁶, tandis que certains arrêts refusent de consacrer un tel cumul¹³¹⁷. Selon ce dernier courant, le créancier qui demande l'anéantissement du contrat ne peut obtenir que des dommages-intérêts négatifs, permettant de le replacer dans la situation où il aurait été si le contrat n'avait pas été conclu. La même question se pose aussi dans le contexte français, et la majorité de la doctrine semble être hostile au cumul de la résolution et des dommages-intérêts positifs¹³¹⁸. Une telle position est cependant contestable¹³¹⁹ et elle est d'ailleurs isolée sur le plan du droit comparé¹³²⁰.

*
* *

334. Conclusion du Titre II En cas de déclenchement du jeu des arrhes, les effets juridiques que produit cette clause ne sont pas identiques dans les deux ordres juridiques. En France, la solution est très simple : le titulaire retrouve sa totale liberté, et la perte ou la double restitution des arrhes est pour lui la seule conséquence

¹³¹⁶ Tribunal intermédiaire de Changzhou, Jiangsu, 13 mars 2013, référence : CLI.C.1876888 ; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 20 décembre 2012, référence : CLI.C.1887883 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 3 décembre 2012, référence : CLI.C.1352676 ; Tribunal intermédiaire de Liuzhou, Guangxi, 27 septembre 2006, référence : CLI.C.121158 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 6 août 2014, référence : CLI.C.3234858 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 1^{er} avril 2014, référence : CLI.C.2672859 ; Tribunal intermédiaire de Guang'an, Sichuan, 25 février 2014, référence : CLI.C.2666086 ; Tribunal intermédiaire de Xiamen, Fujian, 27 janvier 2014, référence : CLI.C.2492756 ; Tribunal supérieur de Jiangsu, 10 décembre 2013, référence : CLI.C. 2628809 ; CPS, 3 décembre 2013, référence : CLI.C.2511601 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 24 juillet 2013, référence : CLI.C.1974214 ; Premier tribunal intermédiaire de Pékin, 15 juillet 2013, référence : CLI.C.1448596 ; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 19 juin 2013, référence : CLI.C.1987532 ; Tribunal intermédiaire de Yueyang, Hunan, 16 janvier 2013, référence : CLI.C.1352676 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 septembre 2014, référence : CLI.C.3996363 ; Tribunal intermédiaire de Foshan, Guangdong, 19 mai 2006, référence : CLI.C.48603 ; Tribunal supérieur de Jiangsu, 14 mars 2014, référence : CLI.C.3987395 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 15 septembre 2014, référence : CLI.C.3996363 ; Tribunal intermédiaire de Huaian, Jiangsu, 19 mai 2014, référence : CLI.C.4000495 ; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 1^{er} avril 2014, référence : CLI.C.2672859 ; Tribunal intermédiaire de Fushun, Liaoning, 27 mars 2014, référence : CLI.C.2700905 ; Tribunal supérieur de Jiangsu, 14 mars 2014, référence : CLI.C.3987395.

¹³¹⁷ Tribunal intermédiaire de Nanjing, Jiangsu, 15 octobre 2010, référence : CLI.C.1787601 ; Tribunal de base de Minhang, Shanghai, 7 février 2013, référence : CLI.C.1402869 ; Tribunal intermédiaire de Chaohu, An'hui, 18 avril 2007, référence : CLI.C.121152 ; Tribunal de base de Qinyang, Henan, 5 décembre 2013, référence : CLI.C.2956024 ; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 26 octobre 2010, référence : CLI.C. 310144 ; Tribunal de base de Yuzhong, Chongqing, 16 avril 2010, référence : CLI.C.299737 ; Tribunal supérieur de Jiangsu, 28 septembre 2005, référence : CLI.C.21867 ; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, référence : CLI.C. 2252360 ; Tribunal intermédiaire de Zhumadian, Henan, 18 juin 2014, référence : CLI.C.3064992 ; Tribunal supérieur de Shandong, 20 décembre 2013, référence : CLI.C.2628809 ; Tribunal intermédiaire de Puyang, Henan, 9 mai 2013, référence : CLI.C.2154855 ; Tribunal intermédiaire de Chaohu, An'hui, 18 avril 2007, référence : CLI.C.121152 ; Tribunal intermédiaire de Dazhou, Sichuan, 24 septembre 2014, référence : CLI.C.3542779 ; Premier tribunal intermédiaire de Chongqing, 25 mars 2008, référence : CLI.C.249270.

¹³¹⁸ En ce sens, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, n°145, p.209 : « La solution s'impose logiquement : l'ordre juridique se contredirait s'il empêchait l'acte de produire ses effets attendus tout en croyant à la victime l'exécution par équivalent de l'obligation, c'est-à-dire l'intérêt positif ». En ce sens, M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p.681. Contra., Ph. Rémy, Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat, in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF 2001, p.121 et s.

¹³¹⁹ Pour une réfutation convaincante de cette thèse, v., T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, n°995 et s., p.721 et s.

¹³²⁰ T. Génicon, *op.cit.*, n°1022, pp.733-734.

pécuniaire. La fonction libératoire des arrhes commande que l'exercice du dédit ne constitue pas un manquement contractuel.

En revanche, la question est beaucoup plus compliquée en droit chinois, dans lequel les arrhes remplissent en premier chef une fonction comminatoire. D'abord, un doute existe en jurisprudence pour savoir si la résolution constitue la seule issue possible en cas de la mise en œuvre de la clause. Surtout, il faut envisager l'articulation de la convention d'arrhes avec d'autres remèdes contractuels. Il s'agit en premier lieu de la clause pénale. Contrairement au droit français, la distinction entre la clause d'arrhes et la clause pénale ne pose guère de difficulté en droit chinois. Le cumul étant en principe interdit, il appartient aux parties de faire le choix entre les deux clauses, même si c'est parfois le juge qui dicte la solution. Une exception est néanmoins prévue pour des arrhes-résolution. D'après la jurisprudence, la mise en œuvre de ces dernières ne fait pas obstacle à l'applicabilité de la clause pénale. Solution qui est sans doute contestable.

Au contraire, le droit chinois admet l'application cumulative des arrhes avec le régime commun de la responsabilité, que ce soit contractuelle (arrhes-exécution, arrhes-résolution) ou précontractuelle (les arrhes-promesse), à condition que le montant des arrhes soit insuffisant à réparer tout le préjudice.

342. Conclusion de la Deuxième partie Selon une formule devenue célèbre de Jean-Louis Bergel, « *Différence de nature égale différence de régime* »¹³²¹. Parallèlement, nous pouvons ainsi résumer le message de la présente partie : « *Différence de fonction implique différence de régime* ».

La divergence fonctionnelle des arrhes se répercute nécessairement sur le régime de la convention d'arrhes. En premier lieu, le problème du contrôle juridique se pose dans des termes différents : droit potestatif d'une part, peine privé d'autre part. En cas des arrhes comminatoires, le contrôle du montant des arrhes se confond avec celui de leur fonction juridique. Un contrôle d'admission du jeu suffit dans une telle hypothèse. Il en va différemment en ce qui concerne les arrhes libératoires, pour lesquelles le mécanisme (et en premier lieu le montant des arrhes) et la faculté de repentir commande des contrôles qui leur sont propres. S'agissant du mécanisme, il

¹³²¹ Jean-Louis Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD.civ.*, 1984, p.255 et s.

faut éviter que le titulaire innocent subisse la perte ou la double restitution des arrhes alors qu'il bénéficie d'un droit de rupture en droit commun. Pour la faculté, le droit entend encadrer l'incertitude engendrée par la clause, et sanctionner l'abus commis lors de sa mise en œuvre.

La divergence existe aussi sur le plan des effets juridiques que produit la convention d'arrhes après sa mise en œuvre. Pour que sa fonction libératoire puisse jouer pleinement, l'exercice du dédit ne peut pas constituer un manquement contractuel pour son titulaire. Sauf le cas exceptionnel d'abus, le régime de la responsabilité contractuelle sera écarté. Cette solution ne peut pas être transposée en matière d'arrhes comminatoires. Dans cette dernière hypothèse, le déclenchement du jeu des arrhes n'est pas soumis à un acte de volonté, mais est consécutif à un comportement fautif de nature contractuelle (arrhes-exécution) ou précontractuelle (arrhes-résolution). Dans ce contexte, il est naturel que la convention d'arrhes ne fasse pas obstacle à la responsabilité de droit commun,

Une même institution, lorsqu'elle est destinée à remplir différentes fonctions juridiques, peut avoir des régimes juridiques radicalement opposés. En d'autres termes, il faut toujours assurer une adéquation entre la fonction d'une institution et son régime juridique. Le contre-exemple est fourni par les arrhes-résolution en droit chinois. Comme nous l'avons vu, cette clause adopte un régime assez proche de celui prévu pour les arrhes-exécution. Ainsi, en droit chinois, l'exercice du ' dédit ' n'efface nullement le caractère fautif de la rupture, et le droit commun de la responsabilité trouve à s'appliquer lorsque le montant des arrhes s'avère insuffisant pour réparer tout le préjudice subi par le créancier. La jurisprudence est même allée plus loin en admettant la possibilité du cumul entre les arrhes-résolution et la clause pénale, solution qui n'est pas admise pour les autres types d'arrhes! On comprend dès lors que cette convention ne remplit pas une véritable fonction libératoire dans le contexte chinois.

Le lien entre la fonction et le régime juridique n'est pas limité au seul cas des arrhes, même si ces dernières nous fournissent une illustration tout à fait pertinente. L'évolution de la condition potestative en droit français nous offre en réalité un autre bel exemple. Si la nullité d'obligation assortie d'une condition potestative s'accorde parfaitement avec la fonction classique de l'institution, à savoir la constatation d'un défaut du consentement sérieux, cette sanction n'est plus adéquate pour assumer son nouveau rôle : contrôle de l'arbitraire du débiteur. Ce qui explique partiellement,

comme nous l'avons déjà invoqué, de la grande hésitation des tribunaux dans l'application de l'article 1174.

Conclusion

343. Certaines questions sont récurrentes dans notre étude sans être traitées de manière systématique. Par conséquent, après une brève conclusion sur les arrhes, nous dirons quelques mots sur ces problématiques.

344. Conclusion sur l'étude comparative des arrhes : la relation entre le mécanisme et la fonction juridique La comparaison entre le droit chinois et le droit français nous montre qu'une même pratique juridique – le mécanisme d'arrhes en l'occurrence – peut être utilisée à des fins radicalement différentes. Le mécanisme et la fonction juridique constituent ainsi deux composantes des arrhes. Elles sont à la fois distinctes et interdépendantes.

Le mécanisme des arrhes, à savoir le caractère bilatéral et onéreux de la convention ainsi que le jeu de perte ou de double restitution des sommes versées, est un point partagé par les deux systèmes juridiques en question. Les arrhes ne remplissent néanmoins pas les mêmes fonctions dans les deux pays. La divergence fonctionnelle se manifeste à deux égards. S'agissant de la fonction libératoire, les arrhes-résolution à la chinoise se distinguent des arrhes-débit français en ce qui concerne à la fois leur champs d'application et leur effets juridiques. Quant à la fonction comminatoire, celle-ci constitue la fonction principale des arrhes en droit chinois, alors qu'elle est ignorée, au moins en théorie, dans le contexte français. Ces différences s'expliquent aussi bien par des considérations juridiques (la vision du contrat, le besoin d'une société, *etc.*) que par des raisons culturelles et historiques.

Il n'en demeure pas moins que la fonction juridique ne peut pas exister en dehors du mécanisme, et ces deux éléments entretiennent une relation interdépendante. En premier lieu, le mécanisme des arrhes ne joue pas le même rôle en présence des différentes fonctions. Il participe à réaliser activement la fonction comminatoire, alors qu'il ne fait que garantir la validité de la fonction libératoire. En contrepartie, l'efficacité de la fonction juridique des arrhes dépend aussi du mécanisme employé, et en particulier du montant de la somme versée. D'où la nécessité d'un contrôle

juridique du montant des arrhes. Ce contrôle se réalise aisément en droit chinois, qui fixe un plafond légal impératif. En revanche, le contrôle présente de véritables difficultés dans le contexte français, où la réduction des arrhes excessives se heurte à des obstacles à la fois théoriques et pratiques.

Une institution peut parfaitement être utilisée à des fins différentes. Certaines fonctions sont presque inhérentes à l'institution. C'est par exemple la fonction comminatoire pour la convention d'arrhes. Grâce à ce lien naturel, les arrhes-exécution et les arrhes-promesse constituent des pratiques fréquentes dans la vie quotidienne chinoise. En revanche, le lien entre les arrhes et la faculté de dédit n'est qu'artificiel. On peut d'ailleurs se demander si toutes les difficultés théoriques que suscitent les arrhes-débit en droit français ne trouve pas une explication dans cette relation quelque peu artificielle. Sur un plan plus général, l'étude des arrhes nous montre la nécessité de vérifier l'adéquation entre le mécanisme emprunté et le but poursuivi¹³²².

345. Conclusion sur l'étude comparative des arrhes : la fonction et le régime juridique des arrhes La divergence fonctionnelle des arrhes se répercute sur leur régime juridique. Ceci se comprend aisément : le régime juridique doit être élaboré afin de favoriser l'efficacité de la fonction en cause.

Le contrôle du jeu des arrhes se situe uniquement en amont lorsqu'il s'agit des arrhes comminatoires. Le juge assure la proportionnalité entre la peine appliquée et le manquement critiqué. Ainsi, toute inexécution contractuelle ne déclenche pas le mécanisme de perte ou de double restitution. Il faut que celle-ci entraîne la défaillance du but contractuel. Pour les arrhes libératoires, le contrôle *a priori* a un tout autre objectif : il vise à protéger le titulaire du dédit à ne pas subir la perte des arrhes lorsqu'il peut rompre le contrat par un autre biais légitime. Surtout, les arrhes-débit connaissent aussi un contrôle *a posteriori*, qui vise deux dangers particuliers liés à l'exercice du dédit : l'incertitude créée par l'inertie injustifiée du titulaire et l'usage abusif de la faculté.

De même, les effets juridiques de la convention d'arrhes ne sont pas les mêmes dans les deux cas. En tant que droit potestatif, l'exercice du dédit produit un effet libératoire pour son titulaire. Non seulement le lien contractuel se trouve anéanti, la

¹³²²Par exemple, on peut se demander si la responsabilité civile délictuelle constitue un moyen opportun pour réaliser un but préventif. Ou au contraire, serait-il souhaitable de créer des actions préventives autonomes ? Sur ce point, v., J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2^e éd., 2011, p.521 et s.

perte des arrhes constitue en outre la seule conséquence financière pour le titulaire. Il en va différemment pour des arrhes comminatoires. Dans cette dernière hypothèse, la partie victime d'une inexécution peut choisir entre la clause pénale ou la convention d'arrhes, et une application cumulative est même autorisée en cas des arrhes-résolution. De même, les dommages-intérêts supplémentaires peuvent être accordés lorsque le montant des arrhes ne permet pas de réparer tous les préjudices subis par le créancier.

Pour une même institution, la différence de fonction commande la différence du régime. Cela veut dire qu'un renouvellement fonctionnel de l'institution doit être accompagné d'une modification de son régime juridique. L'inefficacité des arrhes-résolution en droit chinois s'explique entre autres par leur régime défavorable pour celui qui rompt le contrat. On peut encore mentionner une illustration française : la sanction de la condition potestative qu'est la nullité est inadaptée pour lutter contre l'arbitraire du débiteur, dans la mesure où l'anéantissement rétroactif du contrat est très souvent le résultat voulu par ce dernier.

En définitive, l'idée de base qui traverse notre étude peut être résumée dans les termes suivants : **Une même institution peut éventuellement remplir plusieurs fonctions juridiques, même si le lien qui unit le mécanisme et la fonction peut être plus ou moins artificiel. L'élaboration du régime juridique doit toujours être faite en contemplation du but poursuivi, car une différence de fonction implique le plus souvent une différence du régime applicable.**

*
* *

346. Le traitement de la jurisprudence par la doctrine L'attitude de la doctrine sur la jurisprudence est radicalement différente dans les deux pays : La jurisprudence devient aujourd'hui le principal objet d'étude pour la doctrine française, conformément aux vœux d'A. Esmein¹³²³, tandis qu'en Chine, les décisions judiciaires sont largement ignorées par les juristes. Un tel contraste est riche d'enseignements. Surtout, il met en lumière la relation entre la doctrine et la jurisprudence.

¹³²³A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD.civ.*, 1902, p.5 et s., *spéc.*, p.11 : « Il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude : elle ne perdra point pour cela son originalité et sa force, elle acquerra au contraire une sève rajeunie et des floraisons nouvelles ».

On sait qu'en France, « *le rôle et la valeur de la jurisprudence sont constamment envisagés par référence aux sources que l'on assigne aux règles de droit* »¹³²⁴, et ils ont suscité et suscitent encore une vive controverse au sein de la doctrine¹³²⁵, à telle enseigne que certains auteurs aient exprimé leur regret sur une attention excessive attachée à la question¹³²⁶. D'après nous, si cette question est récurrente, ne serait-ce pas parce que, outre l'ambiguïté des termes employés¹³²⁷, le débat ne touche que très peu la pratique quotidienne des juristes¹³²⁸? Or, il nous semble que dans un pays de droit écrit dans lequel le juge est dépourvu de pouvoir législatif, l'influence de la doctrine sur les tribunaux ne s'exerce pas uniquement en amont, c'est-à-dire avant ou au cours d'élaboration des solutions jurisprudentielles¹³²⁹, mais aussi et surtout en aval, une fois la décision rendue.

Au sens large, la jurisprudence désigne l'ensemble des décisions rendues par toutes les juridictions. Il est évident que dans ce sens formel, la jurisprudence se présente comme un « *magma* »¹³³⁰ incohérent et contradictoire. L'« *une des activités importantes de la doctrine consiste à tirer de la casuistique des arrêts des règles générales et cohérentes – un système juridique* »¹³³¹. Cela se réalise par une sélection

¹³²⁴Pierre Hébraud, « Le juge et la jurisprudence, in *Mélanges Couzinet* », 1974, p.329. Sur l'explication de cette approche, v., Ch. Atias, « D'une vaine discussion sur une image inconstante : la jurisprudence en droit privé », *RTD.civ.*, 2007, p.23 et s.

¹³²⁵On se contente ici de citer les observations de Ph. Jestaz : « *Et bizarrement le culte de la jurisprudence laisse subsister une importante réticence des juristes à l'idée que celle-ci soit une source du droit. De là un débat aussi interminable et fastidieux. On n'y reviendra pas, sauf à évoquer ici deux arguments extrêmes : d'une part des apôtres de la loi font valoir que celle-ci peut à tout moment afficher sa supériorité en démentant le juge ; d'autre part, les adeptes de la pensée nord-américain comme M. Michel Troper observant que le juge, en interprétant les textes, peut à tout moment substituer sa volonté à celle du législateur* ». (Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 2005, p.62.)

¹³²⁶Ch. Atias, *art. préc.*, « *La question de la nature du pouvoir judiciaire, de la place des décisions de justice parmi les « sources du droit privé » et, plus particulièrement, la défense de la Cour de cassation, ne paraissent pas mériter tant d'attention* » ; Marie -Claire Rondeau-Rivier, « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », *RTD.civ.*, 1993, p.89, « *La jurisprudence est une création collective. Est-elle une « vraie » source de droit, ou une simple « autorité » ? Ce n'est qu'une question seconde. et que l'auteur de ces lignes estime, à tort ou à raison, parfaitement secondaire.*».

¹³²⁷L. Bach, « La jurisprudence est-elle oui ou non, une source du droit? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation)! » In *Mélanges Gobert*, p. 47 : « *Les difficultés d'une réponse à la question posée qui ait quelque chance de pouvoir être acceptée unanimement, tiennent, de toute évidence, à l'ambiguïté : d'une part, la notion de < jurisprudence >, d'autre part, celle de < source du droit >* ».

¹³²⁸Ph. Jestaz, « La Jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.*1987, p.11 : « *La jurisprudence est-elle une source du droit ? A peine a-t-on formulé cette horrible question qu'on se hâte de répondre par la négative. Pourtant les mêmes professeurs qui viennent de clore ainsi le débat se rendent dans leur amphithéâtre où ils enseignent la jurisprudence à leurs étudiants. Et ils l'enseignent comme droit, non comme tendance sociologique...* ». En ce sens, Denys de Béchillon, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? » In *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p.29 et s., *spéc.*, p.29 : « *Y a-t-il vraiment débat, dans la France des juristes d'aujourd'hui, à propos du pouvoir normatif du juge ? Plutôt une guerre de positions. Les choses avancent-elles, néanmoins ? Pas sûr, si l'on observe que les deux camps affrontés sont aussi mal équipés l'un que l'autre pour résoudre le problème qui, tout à la fois, les constitue et les oppose* ».

¹³²⁹Cette influence a été diversement appréciée en France. Pour une vision extrêmement pessimistes, v., J.-D. Bretin, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p.111 et s., « *que le juge, pour se décider, et décider, ne se soucie guère de la doctrine, et que, dans le chaos des connaissances, des informations, des préjugés qui s'affrontent pour former son jugement, l'opinion des juristes ne joue à peu près aucun rôle* ». D'autres sont en revanche optimistes, v., Ph. Le Tourneau, « La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal », *RDA N°3*, fév. 2011, p.41 et s. Pour une position intermédiaire, P.Y-Gautier, L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, *D.*2003, 2839.

¹³³⁰Ph. Jestaz, La jurisprudence : réflexion sur un malentendu, *D.* 1989, 11.

¹³³¹Ph. Malaurie, « Le rapport français », in *Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*, TAHC, n°16, p.88. Déjà en ce sens, A. Esmain, *art. préc.*, p.15-16 : « *J'ai dit plus haut que les décisions fragmentaires rendues par les*

préalable des arrêts, constitutifs d'une « vraie »¹³³² jurisprudence. Cette tâche incombe traditionnellement à la doctrine¹³³³, et les fameux Grands Arrêts en sont une meilleure illustration¹³³⁴. D'ailleurs, certaines règles prétoriennes sont induites par la doctrine d'une série de décisions judiciaires allant dans le même sens. Or ce recours aux exemples – car on sait bien que l'auteur ne peut pas consulter toutes les décisions judiciaires rendues en la matière – est nécessairement empreint de la subjectivité de l'auteur¹³³⁵. Le propos de Ph. Jestaz résume bien cette influence doctrinale sur la formation du droit jurisprudentiel : « *La doctrine, c'est le miroir, déformant, de la jurisprudence. Sans doctrine, la jurisprudence s'étiolerait un peu* »¹³³⁶.

« *La jurisprudence, davantage encore que la loi, ne constitue une source effective du Droit que si la doctrine en a connu* »¹³³⁷. Le sort de la jurisprudence en droit chinois montre que la simple connaissance ne suffit pas. Il faut encore une reconnaissance de la part des juristes¹³³⁸. La doctrine chinoise n'ignore évidemment pas l'existence des décisions judiciaires. Leur accès est d'ailleurs largement facilité par la mise en ligne des arrêts ainsi que les bases de données bien organisées. La CPS a pratiqué depuis longtemps la publication annuelle des arrêts jugés importants dans son journal officiel. Le développement récent du système des « *décisions directrices* » doit aussi être mentionné. Force est néanmoins de constater que ces décisions sont principalement exploitées dans le milieu professionnel, et qu'elles ne s'intègrent que très marginalement dans les discours doctrinaux. Il suffit de consulter les manuels, les articles, ou les thèses de droit chinois pour avoir conscience d'un tel phénomène. Et

tribunaux, sur les diverses institutions que comprend le droit civil, forment un système dont toutes les parties se tiennent. Cela n'est vrai, bien entendu, que dans l'ensemble...Mais cette harmonie générale, avec ses irrégularités secondaires, qui peut la formuler et la démontrer ? Ce ne sont point les tribunaux : ils fournissent et taillent les matériaux, mais ne sont point chargés de construire l'édifice. Ce sont les théoriciens, les hommes d'étude».

¹³³²Ch. Atias, *art. préc.*, « *Le raisonnement des juristes repose en permanence sur des distinctions opérées entre les décisions qui importent et celles qui peuvent ou doivent être négligées, entre les décisions d'espèce, les décisions de continuité et les arrêts de principe ou de revirement, voire entre les jugements fondés et ceux qui procèdent d'une erreur, entre les décisions qui « font jurisprudence » et celles qui sont citées, pour la forme ou avant d'être écartées, celles aussi qui sont simplement omises* ».

¹³³³O. Sabard, « *La hiérarchisation de la jurisprudence* », *RLDC* 2009/65, n°3622.

¹³³⁴M. Deguegue, « *Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ?* » *RFDA*, 2007, p.254 : « *le grand arrêt ne sort jamais tout armé de sa qualité de la bouche du juge : il doit faire l'objet d'un choix doctrinal qui n'est jamais fait au hasard, mais qui est guidé par un certain nombre d'indices, comme la formation de jugement qui a rendu l'arrêt, la forme solennelle de sa rédaction ou encore la consécration sur le fond d'un principe nouveau, quelle que soit du reste son appellation, principe général ou principe général du droit ou encore simplement principe* ».

¹³³⁵Ainsi, il nous semble que l'évolution jurisprudentielle sur l'article 1174 du Code civil n'est qu'une interprétation concevable, et qui n'emporte d'ailleurs pas notre conviction. En ce sens, Ph. Jestaz, « *La jurisprudence constante de la Cour de cassation* », in *Autour du droit civil*, Dalloz, 2005, p.113 et s., et spéc., pp.115-116 : « *En effet, la constance d'une jurisprudence ne dépend pas seulement des critères objectifs comme la formation qui a statué, le dispositif de l'arrêt (rejet ou cassation), le tranchant de la formule ou le nombre des décisions rendues. Elle dépend aussi d'une appréciation subjective, d'un jugement de valeur porté par l'ensemble des juristes. À la limite et en forçant le trait, la constance est moins une caractéristique intrinsèque de la jurisprudence qu'une qualité que lui reconnaît ou attribue la doctrine !* »

¹³³⁶Ph. Jestaz, « *La jurisprudence, ombre portée du contentieux* », *D.* 1989, p.149.

¹³³⁷Ph. Malaurie, *art.préc.*

¹³³⁸Ph. Jestaz, « *La jurisprudence : réflexion sur un malentendu* », *art. préc.*

sur le plan du droit comparé, le droit chinois se présente comme un droit sans jurisprudence.

Par la présente étude, nous entendons combler une telle lacune dans la description du droit chinois. Mais une étude isolée sur la jurisprudence chinoise pose nécessairement une difficulté en termes de représentativité des décisions choisies. Malgré l'effort d'une consultation massive des décisions, tenant compte de la disparité régionale ainsi que de l'intérêt théorique que présente chaque décision, il faut conclure que le choix opéré dans cette thèse est inévitablement arbitraire, qu'il ne représente pas fidèlement le droit jurisprudentiel chinois. Mais ce qui nous paraît intéressant dans une perspective comparative, c'est que la même question de représentativité des arrêts ne semble jamais gêner les juristes français, qui se contentent, dans la plupart des cas, de relever l'existence d'une série de décisions jurisprudentielles. En outre, la tradition veut que seuls les arrêts de la cour de cassation présentent un intérêt doctrinal¹³³⁹. Ce faisant, le droit positif que décrit la doctrine française ne correspond qu'imparfaitement à la réalité des choses¹³⁴⁰. L'accès facilité des décisions des juges du fond aurait donné des changements en la matière, ce qui nous semble souhaitable¹³⁴¹. Le propos de Christian Atias est particulièrement pertinent : « *Toute décision judiciaire est une source d'information ; elle peut être d'une grande richesse. Elle est une réalité observable, une référence invariable. Elle se prête à l'analyse ; elle peut être citée utilement à l'appui d'une opinion et opposée à une autre, ou encore invoquée pour nuancer une position. Elle enrichit incontestablement le savoir des juristes* »¹³⁴².

La deuxième difficulté consiste à identifier une règle prétorienne. Il est en réalité difficile de saisir avec certitude le passage d'une norme concrète et individuelle à une règle générale et abstraite. Sur ce point, il serait possible de discerner une évolution

¹³³⁹A. Perdriau, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *JCP G* 1990, I, 3468. Ainsi que le professeur Catala a pu l'écrire : « *Victorieuse ou vaincue, la jurisprudence des cours d'appel semble vouée à s'éteindre au souffle de la hiérarchie (...), la cour d'appel n'est qu'un moment de la jurisprudence montante ; elle écrit dans le sable et la Cour de cassation dans le marbre* » (Catala P., *La jurisprudence des cours d'appel*, in *Le droit à l'épreuve du numérique*, Jus ex Machina, PUF, 1998, p. 157 et s., spéc. p. 163).

¹³⁴⁰X. Henry, « Vidons les greffes de la République! De l'exhaustivité d'accès aux arrêts civils des Cours d'appel », *D.*2011, p.2609 : « *La conception majoritaire actuelle, centrée sur les arrêts publiés de la Cour de cassation, décrit un droit abstrait, idéal, où chaque arrêt vient immédiatement contribuer à l'évolution d'un système intellectuel global. Un traitement exhaustif des décisions du fond, combiné avec une approche intégrant les décisions inédites de la Cour de cassation, aboutit à la description de l'effectivement jugé qui s'en distingue sensiblement. Tout d'abord, la vision est rétrospective et non prospective. Ensuite, un traitement global incluant les décisions du fond intègre nécessairement des solutions erronées ou différentes de celles posées par la Cour de cassation. La jurisprudence y apparaît beaucoup plus complexe et diversifiée. Alors que la Cour peut affirmer une solution ou poser un critère et s'y tenir à compter d'un revirement, les juges du fond peuvent continuer pendant des années à appliquer des solutions différentes* ».

¹³⁴¹Ch. Bérroujon, « Pour une analyse empirique des relations entre contentieux et jurisprudence », *RTD.civ.*, 1993, p.94; X. Henry, *art. préc.*, E. Serverin, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond », *D.*2009, p.2882.

¹³⁴²Ch. Atias, *art. préc.*

qui s'est produite discrètement en droit français. Dans un premier temps, la création du droit par le juge ne se faisait pas à un seul coup. Ainsi, pour J. Maury, « *Il y a, ou il paraît y avoir, des règles de droit jurisprudentielles, ces règles étant non pas des dispositions impératives générales posées par une seule décision judiciaire (ce qui est le système du précédent), mais des dispositions impératives générales se dégageant d'une jurisprudence dite constante* »¹³⁴³. J. Boulanger disait la même chose lorsqu'il invoquait « *le caractère collectif de l'élaboration jurisprudentielle du droit* »¹³⁴⁴. La répétition constituait un élément déterminant pour la règle prétorienne¹³⁴⁵. Comme une conséquence naturelle, sa formation supposait nécessairement l'écoulement du temps. Comme le disait Esmein, l'un des promoteurs de la jurisprudence au débat du XX^e siècle : « *Qu'est en effet la jurisprudence acquise? C'est un pur produit historique. C'est une œuvre collective et progressive, qui, comme on l'a observé plus haut, s'est faite par un apport continu de décisions fragmentaires. C'est donc la méthode historique qui pourra dégager sa formation son évolution et ses tendances* »¹³⁴⁶. Et c'est pour cela que la jurisprudence était souvent assimilée à la coutume par les auteurs classiques¹³⁴⁷.

Les choses ont changé considérablement durant la deuxième moitié du siècle dernier, et l'une des manifestations la plus remarquable c'est l'apparition des arrêts de principe¹³⁴⁸. Après un temps d'hésitation, la validité de ces arrêts de principe semble être unanimement reconnue, malgré la prohibition des arrêts de règlements annoncée par l'article 5 du Code civil. Il faut néanmoins admettre le caractère un peu artificiel de la distinction entre ces deux notions¹³⁴⁹, distinction qui semble d'autant plus délicate lorsque la Cour de cassation ne se soucie plus tellement d'assurer le lien entre le litige concret et le principe formulé¹³⁵⁰. Désormais, il ne fait plus de doute qu'un

¹³⁴³J. Maury, « La jurisprudence, source du droit », in *Mélanges Ripert*, I, p.28 et s., *spéc.*, p.31.

¹³⁴⁴J. Boulanger, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD.civ.* 1961, p.417, *spéc.*, p.422.

¹³⁴⁵G. Ripert, *Les forces créateurs du droit*, 2^e éd., LGDJ 1955, n°159, p.382 : « *Pourtant de la répétition de décisions semblables se dégagent des règles de droit aussi importantes que les règles légales* ».

¹³⁴⁶A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *art. préc.*, p.13.

¹³⁴⁷S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974, p.58 et s.

¹³⁴⁸Ch. Atias, « L'ambiguïté des arrêts dit de principe en droit privé », *JCP* 1984, I, 3145.

¹³⁴⁹En ce sens, C. Puigelier, « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », *RRJ* 2002-4, n°15, p.1664 : « *outre des critères formels précis (et susvisés) et des motivations qui, à l'évidence, dépassent l'arrêt de portée générale, il n'existe aucun réel critère de distinction entre l'arrêt de règlement et l'arrêt de principe* ». Du même auteur, « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ* 2004-1, p.17 et s., *spéc.*, p.18 : « *Un arrêt de règlement est un arrêt applicable à un cas déterminé susceptible d'élaborer une règle elle-même applicable à de nombreux cas d'espèce analogues. Cependant, l'intention du rédacteur de l'article 5 du Code civil est contredite par le prononcé des décisions susceptibles de s'appliquer à de nombreux cas d'espèce puisque le juge peut prononcer un arrêt de principe, c'est-à-dire une décision posant un principe général à partir d'un cas d'espèce susceptible de s'appliquer à un cas analogue* ».

¹³⁵⁰Une belle illustration est fournie par le fameux arrêt Maréchaux. Voir les observations de François Terré et d'Yves Lequette sur ce point : « *Encore faut-il que la haute juridiction utilise pour formuler la règle de droit qu'elle entend énoncer une espèce qui n'en soit pas trop éloignée par ses circonstances de fait* ».

seul arrêt suffit à faire jurisprudence¹³⁵¹, et toute assimilation avec la coutume s'avère inappropriée¹³⁵². On constate dès lors une accélération dans la production des normes prétorienne¹³⁵³, qui s'explique non seulement par la volonté des tribunaux de jouer pleinement son pouvoir normatif¹³⁵⁴, mais aussi par la tolérance de la part des juristes. Une telle tolérance a de multiples causes. Ce serait d'abord un héritage de « *l'âge d'or de la création prétorienne* »¹³⁵⁵, où les œuvres jurisprudentielles étaient accueillies par la doctrine avec tant d'enthousiasme. Mais c'est surtout une prise de pouvoir de la doctrine dans la construction du droit positif : ainsi, « *en secteur calme, un arrêt banal suffit à faire jurisprudence immédiate lorsqu'il comble un vide et le comble dans le sens généralement attendu, voir souhaité* »¹³⁵⁶. La note d'arrêt est le plus souvent une « *note prétexte* »¹³⁵⁷, qui permet au commentateur de dégager une règle prétorienne qui lui semble préférable¹³⁵⁸. En contrepartie, la doctrine remplit une fonction de légitimation à l'égard de la jurisprudence. Les observations de Ph. Jestaz et Ch. Jamin sont très pertinentes à ce propos : « *dès lors qu'elle œuvre au perfectionnement de l'ordre juridique, la doctrine légitime celui-ci en lui apportant la caution du droit savant* »¹³⁵⁹. Ainsi, lorsque la doctrine critique une décision

¹³⁵¹Ph. Théry, « La « jurisprudence » des cours d'appel et l'élaboration de la norme », in N. Mofessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p.129 et s., et spéc., p.132 : « *En revanche, la jurisprudence comme procédé d'élaboration de la norme est sans rapport avec la statistique. Comment, autrement, les jurisprudences productrices de normes pourraient-elle être nommées ? Comment une seule décision pourrait-elle « faire jurisprudence » ?* ». Ph. Jestaz : « *Certes la répétition est en général une condition suffisante de la jurisprudence constante. Mais elle n'en est pas une condition nécessaire : l'expérience prouve qu'un seul arrêt peut suffire à fixer la jurisprudence* ».

¹³⁵²S. Belaid, *op. cit.*, p.63 : « *Etant un acte de volonté, la décision du juge est valable par elle-même; contrairement à la coutume, l'élément répétition y est indifférent, puisqu'un seul arrêt de la cour suprême suffit pour créer une règle jurisprudentielle* ». Ph. Jestaz, *La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, art. préc.* « *Techniquement parlant, la thèse ne vaut guère : la coutume, au moins dans son sens classique, revêt un caractère répétitif et immémorial qui de toute évidence n'appartient pas à la jurisprudence puisqu'on sait qu'un seul arrêt peut, immédiatement, faire jurisprudence* ».

¹³⁵³P. Deumier, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in APD, T. 50, *La création du droit par le juge*, p.49, spéc., p.63 : « *Pourtant, la Cour de cassation semble souvent s'affranchir de cette construction par étapes pour lui préférer une ' démarche abrupte ' : la formulation d'un arrêt de principe tend à devenir un mode d'expression courant au lieu de contourner l'émergence d'une règle prudentielle dont le substrat a été façonné à mesure des cas. L'accélération du temps, l'instabilité du droit, la nécessité de rendre visible une interprétation tout en respectant les contraintes de la concision, le souci de prudence, l'influence généralisante des droits fondamentaux, la volonté de réduire la période d'incertitude, ou encore la prise de conscience par le juge de son pouvoir, notamment par les formations solennelles, ont condensé le processus classique : les deux étapes sont fusionnées, l'arrêt pose un principe, le principe est édicté immédiatement à partir du cas, seul l'effet non obligatoire sauve la figure de la violation de l'article 5 du Code civil. Le phénomène est bien connu : à la règle jurisprudentielle dégagee de l'accumulation de cas s'ajoute celle posée par un arrêt unique, notamment s'il émane d'une formation solennelle* ».

¹³⁵⁴Sur ce point, v., les observations pertinentes de Mme. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD.civ.*, 1992, p.344 : « *Il reste que l'on a sans doute pu, au fil des exemples pris, mesurer avec quelle liberté, voisine à certains moments d'une totale indépendance, la Cour de cassation avait conçu son rôle d'interprète, c'est-à-dire réaliser comment elle avait pu glisser de l'interprétation-crédation à la libre création. C'est pourquoi il est temps de dire combien elle a été invitée, solennellement, à jouer ce nouveau rôle par le législateur lui-même* ».

¹³⁵⁵Ph. Malaurie, *Le rapport français, art. Préc.*, n°2, p.81.

¹³⁵⁶Ph. Jestaz, « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », *art. préc.*, p.119.

¹³⁵⁷Ph. Malaurie, *art.préc.*, n°15, p.88.

¹³⁵⁸Sur ce point, v. J. Carbonnier, « Notes sur les notes d'arrêts », *D.1970*, p.137 et s., spéc., p.139 : « *L'annotation utilement progressiste, qui fait jurisprudence, est celle qui réussit à convaincre les juges que la suite est déjà dans le précédent* ». Certaines de ces opinions finissent par convaincre les tribunaux. Sur ce point, v., N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », in *Mélanges F. Terré*, 1999, p.141 et s., spéc., p.147 et s.

¹³⁵⁹Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 245.

jurisprudentielle, elle le fait le plus souvent sur le terrain du droit positif, comme si la solution prétorienne présentait une force obligatoire qui s'impose à l'auteur, au même titre qu'une règle de la loi¹³⁶⁰. Le phénomène semble s'aggraver à l'époque contemporaine avec la dissociation entre l'écrit et l'opinion dans la parole doctrinale¹³⁶¹ : un nombre considérable de produits doctrinaux se contentent d'une fonction d'information du droit positif, qui manquent singulièrement d'esprit critique¹³⁶². Face à une doctrine obéissante, une jurisprudence audacieuse, qui se veut à la fois législateur et docteur. Une production de normes accélérée s'accompagne des règles de plus en plus abstraites et théoriques. Faut-il se rappeler « *l'ascension des principes généraux* »¹³⁶³ en droit civil, dont certains ne sont qu'un masque qui cache des créations purement prétorienne¹³⁶⁴? N'est-ce pas la Haute juridiction qui, par des décisions fortement théoriques, fixe les termes de la plupart des débats doctrinaux¹³⁶⁵? Le caractère abstrait et général de la règle prétorienne nous semble menacer la raison d'être de la création prétorienne, qui est censée être concrète et souple, mieux adaptée à la réalité. Or, « *en voulant poser du droit à l'instar du législateur, elle en adopte les travers, en termes de fixité, généralité, distance avec la variété des situations, et ce sans en avoir la légitimité et sans en procurer les garanties d'accessibilité et de sécurité* »¹³⁶⁶.

Il serait vain de se demander si la jurisprudence est ou non une source de droit. Ce qui compte, c'est l'attitude doctrinale envers les décisions jurisprudentielles. La comparaison franco-chinoise montre que la place des règles prétorienne dans un pays de droit écrit dépend, dans une large mesure, de la reconnaissance de la doctrine. Le doyen Carbonnier se demandait jadis : « *Mais ne faut-il pas se dire que c'est nous, doctrine, pratique, qui*

¹³⁶⁰Ph. Malaurie, *art. préc.*, n°13, p.87 : « à l'appui d'une opinion doctrinale, la référence à un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation, a le même poids que la référence à un texte. Dans la mesure où il estime qu'une décision judiciaire constitue une règle et n'est pas une décision d'espèce, l'auteur la traite de la même manière que toute autre source ».

¹³⁶¹Sur ce phénomène, v., D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in *Mélanges B. Oppetit*, p.45 et s., et *spéc.*, p.28 et s.

¹³⁶²V., les critiques pertinentes, Y. Guyon, « De l'esprit critique des juristes », in *Mélanges Dupichot*, 2003, p.227 et s.

¹³⁶³B.Oppetit, *L'ascension des principes généraux : l'exemple du droit international privé*, in *Droit et Modernité*, Presse université de France, 1998, p.83 et s.

¹³⁶⁴D. Bureau, « L'ambivalence des principes généraux du droit », in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, op.cit., p.181 et s.

¹³⁶⁵Il suffit de donner quelques illustrations : l'articulation de la bonne foi avec la force obligatoire du contrat, l'identité des fautes contractuelles et délictuelles, l'exécution forcée des avant-contrats, l'indétermination du prix lors de la formation du contrat, etc. N. Molfessis a décrit le phénomène avec une certaine inquiétude : « Un réflexe doctrinal bien étrange s'est progressivement développé, qui pourrait s'apparenter à ce que les spécialistes du comportement appellent le 'conditionnement '. Comme si elle était devenue nécessaire à l'apprentissage et au développement de la réflexion, la décision de justice semble souvent faire office de stimulus indispensable à la mise en mouvement de la pensée. Ce n'est plus l'allégeance à la jurisprudence, souvent dénoncée, qui s'exprime ici mais, différemment, une forme de dépendance : la pensée juridique ne se met alors en branle qu'en réaction à une décision de justice, comme si elle avait besoin d'elle pour s'élaborer, se développer et, au fond, se situer. Les auteurs ne se prosternent en réalité pas devant les décisions mais ils pensent à partir d'elles ». (N. Molfessis, « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *art. préc.*, p.54).

¹³⁶⁶P. Deumier, *art.préc.*, p.76.

faisons la jurisprudence, en la recevant comme source ou comme autorité »¹³⁶⁷ ? Pour la doctrine française, cette prise de conscience la permet à la fois de reprendre une liberté perdue¹³⁶⁸ vis-à-vis de la jurisprudence, et d'assumer en même temps une part de responsabilité : il lui revient de veiller à la légitimité de la création prétorienne, par le biais de sa reconnaissance. Entre l'ignorance quasi-totale qui caractérise les juristes chinois et « *le culte de la jurisprudence* » qui se produit en France¹³⁶⁹, force est alors de trouver une approche intermédiaire plus raisonnable.

347. Le pragmatisme juridique chinois Selon Xiao-Ying Li-Kotovchikhine, le « *pragmatisme juridique* »¹³⁷⁰ est un trait marquant de la Chine post-Mao. Pour l'auteur, ce pragmatisme juridique est le prolongement du pragmatisme politique initié par Deng Xiaoping, « *qui consiste en une approche qui privilégie l'utilité, l'efficacité, la réalité de la pratique* »¹³⁷¹. Par conséquent, « *le pragmatisme juridique chinois est en réalité un instrumentalisme : le droit n'est pas la finalité mais un moyen de gouverner* »¹³⁷². Ainsi compris, l'auteur se montre critiquable à l'égard de cette attitude : « *le pragmatisme juridique chinois suscite des critiques en ce qu'il retient une vision instrumentale du droit, surtout que cet instrument est entre les mains du PCC* »¹³⁷³.

Le terme « *pragmatisme juridique* » que l'on retient ici signifie autre chose. Ce n'est plus le pragmatisme dans le processus d'élaboration des normes juridiques, mais plutôt celui dans l'application concrète des textes législatifs. Ce dernier phénomène trouve une manifestation parfaite dans les activités des tribunaux. C'est l'attitude pragmatique des juges qui est en cause.

Traditionnellement, on oppose la dogmatique juridique des pays continentaux au pragmatisme des pays de la *Common Law*. Selon P. S. Atiyah, le contraste entre les deux systèmes se manifeste sur quatre points : logique contre expérience, droit contre remède, principe contre précédent; académie contre pratique¹³⁷⁴. Le droit chinois se présente comme un mélange de ces deux attitudes opposées. Sous la forme, le droit chinois adopte l'approche de droit écrit, composé de règles abstraites et générales. Mais l'esprit du droit

¹³⁶⁷J. Carbonnier, *RTD.civ.*, 1992, p.341.

¹³⁶⁸En ce sens, Ch. Atias, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *art. Préc.*, p.12 : « Pourquoi le juriste se laisserait-il enfermer dans la raideur d'un principe qui est en partie son œuvre ? »

¹³⁶⁹D. Bureau, « Les regards doctrinaux sur le Code civil », in 1804-2004, Code civil, Dalloz, 2004, p.171 et s., *spéc.*, pp.204-205 : « De sorte que si l'on persistait à vouloir opposer des Ecoles, leur succession révélerait sans doute davantage un passage de l'Ecole du Code à l'Ecole de la jurisprudence qu'une rupture entre l'Ecole de l'exégèse et l'Ecole scientifique ».

¹³⁷⁰Xiao-Ying Li-Kotovchikhine, « Le pragmatisme juridique dans la Chine Post-Mao », *RIDC* 2009-4, p.715 et s.

¹³⁷¹*Ibid.*, p.718.

¹³⁷²*Ibid.*, p.723.

¹³⁷³*Ibid.*, p.736.

¹³⁷⁴P. S. Atiyah, *Pragmatism and theory in English law*, Stevens, 1987, *spéc.*, p.8 et s.

chinois est fondamentalement pragmatique. Le résultat en est que les normes préétablies n'ont pas la même force obligatoire par rapport au droit français. Outre le recours régulier aux principes généraux tel que l'équité ou la bonne foi, les juges se réfèrent volontairement à l'objectif initial de la règle de droit. Le détail des circonstances de l'espèce est soigneusement rappelé dans les décisions judiciaires¹³⁷⁵. Cela permet au juge de vérifier si l'application de la règle abstraite dans un cas concret permet de réaliser le résultat voulu. Ce raisonnement est très éloigné du syllogisme judiciaire, tel que pratiqué par les juges français¹³⁷⁶. La règle de droit sera mieux respectée si son application permet d'aboutir à un résultat désirable. Dans le cas contraire, elle est susceptible d'être écartée.

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant de trouver des solutions apparemment contradictoires. Ainsi, certaines décisions énoncent que toute demande à la résolution du contrat doit intervenir dans un délai raisonnable¹³⁷⁷, tandis que d'autres considèrent que le délai raisonnable ne s'applique pas en absence d'une disposition légale expresse ou d'une stipulation contractuelle en ce sens¹³⁷⁸. Derrière cette contradiction flagrante, on peut néanmoins trouver une certaine 'logique'. En général, le juge adopterait la première solution lorsque l'inertie du créancier a pu susciter une confiance légitime chez le débiteur défaillant qui continue à exécuter le contrat¹³⁷⁹. En revanche, si le manquement du débiteur persiste dans le temps, les tribunaux sont plus enclins à prononcer la résolution malgré la demande tardive¹³⁸⁰. Il en va de même pour les préjudices réparables en cas de résiliation unilatérale prononcée par le mandataire. Si certains arrêts excluent la réparation des intérêts positifs au motif que l'exercice d'un droit potestatif n'est pas constitutif d'un

¹³⁷⁵En droit chinois, il n'existe pas la distinction entre le juge du fait et le juge du droit, comme c'est le cas en France.

¹³⁷⁶J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, 5e éd., 2012, Dalloz, p.327 : « Dans la voie tracée par les juristes de l'Antiquité et du Moyen-Âge, le raisonnement juridique, au moins le raisonnement judiciaire, reste fondé sur le syllogisme... Même si cette analyse est insuffisante, il est vrai que le jugement forme un syllogisme. La majeure y est la règle de droit. La mineure consiste dans le cas individuel donné. La conclusion, issue du rapprochement de la majeure et de la mineure, y constitue le jugement par lequel on admet ou on rejette l'application au cas envisagé de l'effet juridique impliqué par la majeure ». En ce sens, Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 14^e éd., LexisNexis, 2013, n°202, p.176 et s.

¹³⁷⁷Tribunal de base de Chongming, Shanghai, 7 avril 2010, référence : CLI.C.551115; Tribunal intermédiaire de Sanya, Hainan, 30 juillet 2008, référence : CLI.C.158299; Tribunal de base de Pingjiang, Jiangsu, 20 octobre 2010, référence : CLI.C.86713.

¹³⁷⁸Tribunal de base de Zhongyu, Chongqing, 27 août 2013, référence : CLI.C.2123039; Tribunal supérieur de An'hui, 16 mai 2011, référence : CLI.C.464240; Tribunal intermédiaire de Chengdu, Sichuan, 2 juin 2008, référence : CLI.C.145006; Tribunal intermédiaire de Nanning, Guangxi, 30 septembre 2003, référence : CLI.C.135362; Tribunal intermédiaire de Jinan, Shandong, 3 décembre 2013, référence : CLI.C.2225684.

¹³⁷⁹C'est en réalité la théorie de la renonciation du droit à la résolution. Ex., Tribunal de base de Jiading, Shanghai, 25 novembre 2013, référence : CLI.C.2389224; Tribunal intermédiaire de Wulumuqi, Xinjiang, 22 mars 2012, référence : CLI.C.1182711; Tribunal de base de Pudong, Shanghai, 24 novembre 2008, référence : CLI.C.503695; Tribunal de base de Qingpu, Shanghai, 25 juin 2010, référence : CLI.C.562397; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 17 août 2010, référence : CLI.C.827535; Tribunal intermédiaire de Haikou, Hainan, 29 mars 2012, référence : CLI.C.1059619; Tribunal supérieur de Hainan, 19 décembre 2006, référence : CLI.C.81990; Premier tribunal intermédiaire de Chongqing, 1er mars 2006, référence : CLI.C.27084; Deuxième tribunal intermédiaire de Shanghai, 17 avril 2012, référence : CLI.C.1351600; Tribunal intermédiaire de Yichang, Hubei, 6 septembre 2012, référence : CLI.C.1338445; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 6 juin 2013, référence : CLI.C.1868569; Tribunal de base de Yuhuan, Zhejiang, 23 mars 2012, référence : CLI.C.2070348; Tribunal supérieur de Guangdong, 8 août 2011, référence : CLI.C.1504275.

¹³⁸⁰Tribunal de base de Zhabei, Shanghai, 10 mai 2006, référence : CLI.C.895219.

manquement contractuel¹³⁸¹, cette limite est plus souvent écartée en présence d'un comportement contestable du titulaire¹³⁸².

Cette attitude trouverait sans doute sa racine dans la Chine classique, où les magistrats traitaient les textes légaux d'une manière similaire. Le professeur Wang Zhiqiang résume cette attitude envers les règles : le respect formel et une utilisation instrumentale¹³⁸³. Les juges veillaient à ce que l'application des règles permette la réalisation de la justice individuelle dans chaque cas d'espèce.

En résumé, le droit chinois ne méconnaît pas les règles abstraites et générales, mais celles-ci n'ont pas la même valeur juridique par rapport aux autres systèmes de droit écrit, et la préférence est le plus souvent donnée à la situation concrète. Si cela permet d'éviter les solutions injustes engendrées par l'application mécanique des règles de droit, il n'en demeure pas moins que dans un tel système, l'arbitraire du juge est peu encadré, et la sécurité juridique est mal assurée. Pire, l'attitude pragmatique des juges chinois s'exprime à l'heure actuelle par des règles de principes générales et abstraites, sous l'influence des pays du droit continental. Ce mélange étrange nous donne une image perplexe du droit chinois.

Le même phénomène se rencontre aussi en droit français, même s'il est moins répandu par rapport au droit chinois. Deux illustrations éclairantes ont déjà été traitées par notre étude : la jurisprudence concernant la prohibition des conditions potestatives¹³⁸⁴, ou encore celle en matière de renonciation unilatérale au mécanisme conditionnel¹³⁸⁵.

S'il existe sur une même question deux solutions opposées, c'est peut-être parce que chacune d'elles contient une part de vérité. Dès lors, au lieu de choisir l'une en rejetant l'autre, il serait possible, même souhaitable dans certaines hypothèses, de retenir les deux règles en délimitant leur champ d'application respectif. En d'autres termes, on sacrifie le degré de généralité de la norme au profit d'une meilleure adéquation entre la théorie et la vie concrète.

¹³⁸¹Tribunal supérieur de Jiangsu, 8 mars 2013, référence : CLI.C.1875370; Tribunal intermédiaire de Wuxi, Jiangsu, 18 septembre 2012, référence : CLI.C.2096666; Tribunal intermédiaire de Guangzhou, Guangdong, 11 juin 2011, référence : CLI.C.409835; Tribunal de base de Putuo, Shanghai, 20 septembre 2010, référence : CLI.C.581887.

¹³⁸²Tribunal intermédiaire de Tujiazu Miaozu, Hunan, 20 mai 2013, référence : CLI.C.1775918; Tribunal de base de Fengxian, Shanghai, 18 avril 2013, référence : CLI.C.1994169; Tribunal supérieur de An'hui, 20 mai 2012, référence : CLI.C.464242; Tribunal intermédiaire de Zhuzhou, Hunan, 8 juin 2010, référence : CLI.C.1268454; Premier tribunal intermédiaire de Shanghai, 23 décembre 2008, référence : CLI.C.466509; CPS, 22 novembre 2011, référence : CLI.C.67399; Tribunal intermédiaire de Nanchong, Sichuan, 13 juin 2014, référence : CLI.C.2984461; Tribunal supérieur de Henan, 24 juin 2014, référence : CLI.C.2996662; Tribunal intermédiaire de Suzhou, Jiangsu, 10 juin 2014, référence : CLI.C.3355485.

¹³⁸³Wang Zhiqiang, l'application dans les litiges des normes écrites en Chine classique.

¹³⁸⁴V., *supra.*, n°146 et s.

¹³⁸⁵V., *supra.*, n°240 et s.

348. L'enseignement pour le droit français Il nous semble que cette proposition vaut aussi pour le droit français. Beaucoup de solutions juridiques seraient moins contestables si elles n'avaient pas une portée aussi générale. La meilleure illustration est sans doute l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 Octobre 2006¹³⁸⁶. Selon cette décision, « *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* ». La formulation retenue par la Haute juridiction est extrêmement générale en englobant tous les tiers au contrat alors que leur situation présente une véritable diversité¹³⁸⁷. Si le principe de l'identité des fautes contractuelles et délictuelles peut être défendu dans certaines hypothèses¹³⁸⁸, sa généralisation ne peut pas être défendue.

Un autre exemple nous est fourni par l'article 489-2 du Code civil, selon lequel « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation* ». Face à l'ambiguïté de la lettre du texte, c'est la jurisprudence qui vient de consacrer une conception objective de la faute¹³⁸⁹, en supprimant l'élément psychologique qu'est le discernement de l'auteur fautif. Une telle mutation serait néanmoins contestable. « *On aurait pu maintenir le principe d'irresponsabilité des enfants, tout en le tempérant par un appel à l'équité à l'image de certains droits étrangers* »¹³⁹⁰.

Il en va de même pour l'indétermination du prix dans le contrat. Certains auteurs ont pu se demander le bien-fondé de la nouvelle règle posée par l'arrêt de l'Assemblée Plénière en 1995 dans des contrats où la détermination préalable du prix ne fait pas de difficulté¹³⁹¹.

En réalité, la prise en compte de la diversité des situations connaît aussi des précédents en droit français. Un exemple est donné par l'erreur du *solvens* en cas de l'action en répétition de l'indu. La notion d'indu recouvre des réalités très différentes.

¹³⁸⁶ Ass. plén., 6 octobre 2006, D.2006. 2825, note G. Viney, *JCP G* 2006. II. 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau, *RDC* 2007. 375, obs. J.-B. Seube, et chron. P. Ancel, *RTD civ.* 2007. 123, obs. P. Jourdin, *GAJC*, T.2, n°177.

¹³⁸⁷ Ex., P. Ancel, « Retour sur l'arrêt de l'Assemblée Plénière à la lumière du droit comparé », in *Mélanges Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p.23 et s., spéc., p.31 : « *Comme souvent d'ailleurs, en droit de la responsabilité civiles, ces nuances, ces distinctions, paraissent indispensables car le problème recouvre une grande variété de situations de fait qu'il n'est pas forcément opportun de traiter de la même manière. Pour ne donner que quelques exemples parmi ceux qui apparaissent dans la jurisprudence ou qui sont cités par la doctrine, il n'est peut-être guère raisonnable de » mettre dans le même sac » la victime par ricochet d'un manquement à l'obligation de sécurité dans le contrat de transport ou de soins, le locataire-gérant qui souffre directement de la mauvaise exécution des obligations du bailleur, le sous-acquéreur d'un bien défectueux ou encore le commerçant du voisinage qui se plaint du rétablissement d'un concurrent en violation d'une clause de non-concurrence souscrite au profit de l'acquéreur de ses fonds... ».*

¹³⁸⁸ M. Grimaldi, « Le contrat et les tiers », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p.163 et s., spéc., pp.179-180 : « *Celle-ci peut se comprendre dans deux cas :*

« – lorsque l'obligation, telle l'obligation de sécurité, trouve sa source dans la loi plus que dans la volonté des parties, lorsqu'elle n'est apparue que par un « forçage du contrat », car sa source, légale ou jurisprudentielle, tend à prouver qu'elle est d'intérêt général ;

« – lorsque l'on se trouve en présence d'un groupe de contrats, où les parties ont pu légitimement compter sur la bonne exécution par chacun de ses obligations, notamment d'information et de conseil, y compris de celles qui ont été souscrites envers d'autres ».

¹³⁸⁹ H. Mazeaud, « La faute objective et la responsabilité sans faute », *D.*1985, chron. 13.

¹³⁹⁰ *GAJC*, T.2, n°193, p.359.

¹³⁹¹ En ce sens. *GAJC.*, T.2, n°152-155, p.90.

Cette diversité est prise en compte par la jurisprudence. Depuis un arrêt de l'Assemblée plénière de 2 avril 1993¹³⁹², l'erreur du *solvens* continue d'être une condition nécessaire pour l'indu subjectif, mais elle n'est plus nécessaire pour constater l'indu objectif.

Récemment, une partie de la doctrine préconise une diversification du contrat afin de remédier à l'insuffisance de la théorie classique. « *À l'heure de la réforme du droit des contrats, la théorie générale (...) aspire moins à un bouleversement qu'à une diversification. Aux côtés des règles traditionnelles conçues pour encadrer les opérations d'échange, il est nécessaire de bâtir d'autres corps de règles ayant vocation à encadrer de nouvelles réalités économiques* »¹³⁹³. Dans un article fondateur en la matière¹³⁹⁴, P. Didier distingue deux groupes du contrat : contrat-échange et le contrat-organisation. Selon l'auteur, « *les contrats-échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A. Les contrats-organisation instituent une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe. Le premier type de contrat établit entre les parties un jeu à somme nulle en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd, et les intérêts des parties y sont largement divergents, même s'ils peuvent ponctuellement converger. Le deuxième type de contrat, au contraire créé entre les parties les conditions d'un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner et perdre conjointement et leurs intérêts sont donc structurellement convergents même s'ils peuvent ponctuellement diverger* »¹³⁹⁵. Les travaux ultérieurs viennent d'affiner la pensée de P. Didier, même si certains n'emploient pas les mêmes termes proposés par l'auteur¹³⁹⁶. Au fil du temps, on voit apparaître une nouvelle figure intermédiaire, à savoir le contrat-coopération, mise en lumière notamment par la remarquable thèse de Suzanne Lequette¹³⁹⁷. Cette nouvelle figure du contrat fait écho à un modèle économique intermédiaire qu'est la coopération¹³⁹⁸. « *Présentant des traits*

¹³⁹²GAJC, T.2, n°238.

¹³⁹³S. Lequette, « Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération », in *RDA*, n°7, fév. 2013, p.66 et s., spéc., p.73.

¹³⁹⁴P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-Puf-Juris-Classeur, 1999. p.636 et s.

¹³⁹⁵*Ibid.*, p.636.

¹³⁹⁶V., F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008 (L'auteur parle du contrat-partage) ; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, thèse Paris II, 2010.

¹³⁹⁷S. Lequette, *Le contrat-coopération : Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012.

¹³⁹⁸*Ibid.*, n°321, p.233 : « *La coopération est un modèle économique intermédiaire qui se situe à mi-chemin entre l'opération d'échange et l'opération sociétaire. L'échange organise une permutation et concilie des intérêts contraires. La concentration, à l'opposé, opère l'affectation de valeurs à une entreprise commune afin de produire un effet de synergie dans l'intérêt collectif des parties. Empruntant ses traits aussi bien à l'échange qu'à la concentration, la coopération associe étroitement à un transfert réciproque de valeurs la production d'un effet de synergie. L'opération organise la mise en relation d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun, coordonnant ainsi les intérêts convergents mais différents des parties* ».

structurellement hybrides, le contrat-coopération tisse entre les obligations des parties un lien de complémentarité ordonnancée. Il forme ainsi une chaîne d'obligations instrumentale et finale de manière à lier les intérêts convergents mais différents des parties »¹³⁹⁹. De cette figure originale du contrat découle un régime juridique qui lui est propre¹⁴⁰⁰, la question de la formation ou de la rupture du contrat ne se pose pas dans les mêmes termes¹⁴⁰¹. Cette thèse de diversification du contrat entend donner une réponse juridique à l'évolution de la société sans bouleverser le système juridique dans son ensemble. Ce changement tempéré constitue un avantage considérable par rapport au courant solidariste, qui tient un « discours globalisant et indifférencié »¹⁴⁰².

En tant que « *faiseurs de système* »¹⁴⁰³, les juristes français ont toujours une préférence pour des théories générales. Ainsi, « *le succès irait aux théories qui simplifient l'exposé du droit positif en évitant les trop nombreuses exceptions et les perturbations trop profondes* »¹⁴⁰⁴. Or, la simplicité ne va pas toujours avec la prévisibilité des solutions. En réalité, l'insécurité juridique peut résulter aussi bien des solutions désordonnées et contradictoires que des principes trop vagues et imprécis.

« *Si le trait constant de la règle de droit est sa généralité* »¹⁴⁰⁵, cette généralité est susceptible de degrés différents. Christian Atias montre comment le degré de généralité peut influencer sur le destin de la théorie élaborée. « *Insuffisamment générale, la théorie ne résoudrait pas – ou ne permettrait pas de résoudre – assez de questions. Elle n'apporterait pas la cohérence, la prévisibilité qui sont ordinairement attendues de la synthèse* »¹⁴⁰⁶. Mais à l'opposé, « *une théorie trop générale supporte également un sérieux handicap. Trop éloignées des questions de droit à résoudre, les explications ou justifications proposées passeront vite pour un verbiage inutile, sans consistance, ni de pertinence* »¹⁴⁰⁷. D'après nous, le degré idéal de généralité des règles juridiques dépend de la société à

¹³⁹⁹Ibid., n°321, p.233.

¹⁴⁰⁰V., S. Lequette, *thèse préc.*, Partie II, n°322 et s.

¹⁴⁰¹V., ex., la brève remarque de Y. Lequette, « Retour sur le solidarisme : Le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Lexis-Nexis - Dalloz, 2012, p.879 et s., spéc., n°19 p.897 : « *Alors que dans un contrat-échange, telle la vente, le contrôle de l'existence de la cause se limite à vérifier l'existence d'une contrepartie, la possibilité de revente du bien acquis constituant un motif extérieur au champ contractuel qui n'est pas comme tel pris en considération, dans un contrat-coopération, le contrôle est poussé plus loin puisqu'il s'agit de vérifier que le partenaire reçoit les moyens d'exploiter utilement une entreprise, ce qui suppose de contrôler non seulement que les moyens fournis ont une réelle consistance, mais encore qu'il existe un marché rentable permettant de les exploiter. En ce qui concerne la rupture du contrat, il est évident que, s'agissant d'une opération synergique où les obligations s'enchaînent selon un certain ordre, comme des séquences, la rupture ne peut survenir à n'importe quel moment du processus contractuel, sous peine de causer un préjudice injuste à l'une des parties* ».

¹⁴⁰²Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p.246 et s., spéc., n°16, p.262.

¹⁴⁰³J. Rivero, Apologie pour les « faiseurs de système », *D.*1951, p.99.

¹⁴⁰⁴Ch. Atias, *Théorie contre l'arbitraire*, Presse Universitaire de France, 1988, n°39, p.122.

¹⁴⁰⁵J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD.civ.* 1984, p.255 et s., spéc., n°3, p.257.

¹⁴⁰⁶Ch. Atias, *op.cit.*, n°41, p.139.

¹⁴⁰⁷Ibid.

laquelle elles doivent s'appliquer. Plus la société est sophistiquée, plus il est difficile d'élaborer des règles de portée universelle. Face à « *un droit pluriel, un phénomène de mosaïque* »¹⁴⁰⁸ caractéristique du droit positif contemporain, il serait souhaitable d'abaisser l'exigence de la généralité au profit d'une meilleure adéquation entre la règle abstraite et le fait concret. Le recul du droit commun sous la forme de prolifération des droits spéciaux en toute matière constituerait-il vraiment des « *tendances régressives* »¹⁴⁰⁹, ou serait-il une évolution inévitable pour les sociétés sophistiquées ?

¹⁴⁰⁸S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemple du droit des contrats », RTD.civ. 2009, p.417.

¹⁴⁰⁹B. Oppetit, *Droit et modernité*, puf, 1998, p.113 et s.

Bibliographie

Manuels et ouvrages généraux

Atias (C.), *Théorie contre arbitraire*. Paris: : Presses universitaires de France, 1987;

— *Epistemologie juridique*. Dalloz, 2002.

Atiyah, (P. S.), *Pragmatism and theory in English law*. Stevens, 1987.

Aynès (L.), Crocq (P.), *Les sûretés réelles, La Publicité Foncière, 8e éd.*, LGDJ, 2014.

Baudry-Lacantinerie (G.), *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses* 5e éd., Llarose, 1894.

Baudry-Lacantinerie, (G.), et Saignat (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil XIX. de la vente et de l'échange*. 3e édition entièrement refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence, Sirey, 1908.

Bénabant (A.), *Droit civil. Les obligations*, 14e éd., 2010, Montchrestien.

Bigot (J.) et Baillot (Ph.), *Traité de droit des assurances*, LGDJ , 2007.

Boyer (L.) et Roland (H.), *Adages du droit français*, Litec, 1999.

Cabrillac (R.), (sous la direction), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*. Paris: : LexisNexis, 2014.

Cabrillac (M.), Mouly (Ch.), *Droit des sûretés.*, 9e éd., Litec , LexisNexis, 2010.

Capitant (H.), *Vocabulaire juridique*. Paris: : Presses universitaires de France, 2014.

Capitant (H.), par Ambroise (C.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, 1948.

Capitant (H.), Terré (Fr.) et Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence*, T. II, Dalloz, 12e éd., 2008.

- Carbonnier (J.), *Droit civil*, Presses universitaires de France. 2004.
- Collart Dutilleul (Fr.) et Delebecque (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd., Dalloz, 2011.
- Constant (F.), Lopez (Ch.), *Le droit chinois*. Dalloz, 2013.
- Cornu (G.), *Droit civil, Introduction au droit*, 13e éd., Montchrestien, 2007.
- Cuniberti (G.), *Grands systèmes de droit contemporains*. L.G.D.J., 2011.
- David (R.), Jauffret-Spinosi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*. Dalloz, 2002.
- Desbois (H.), *Le droit d'auteur en France: littéraire et artistique*. 3. éd. Propriété Littéraire et Artistique, Dalloz, 1978.
- Gambaro (A.), Sacco (R.), and Vogel (L.), *Le droit de l'Occident et d'ailleurs: Traité de droit comparé*. Traité de Droit Comparé, L.G.D.J., 2011.
- Gaudemet (J.) *Droit privé romain*. Montchrestien, 2009.
- Gautier (Y.-P.), *Propriété littéraire et artistique*, 9e éd., Presses universitaires de France, 2014.
- Girard, (P. F.), *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 5e éd., Dalloz, 2002.
- Ghestin (J.), Goubeaux (G.), *Introduction générale*. L.G.D.J., 1994.
- Ghestin (J.), Loiseau (G.) et Serinet (Y.- M.), *Traité de droit civil : la formation du contrat. 1, le contrat - le consentement*, 4e éd., L.G.D.J., 2013.
- *Traité de droit civil : la formation du contrat. 2, l'objet et la cause - les nullités*, 4e éd., L.G.D.J., 2013.
- Groutel (H.), *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis Litec. 2008.
- Fabre-Magnan (M.) . *Droit des obligations, T. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 3e éd., Presses universitaires de France, 2012.
- Fages (B.), *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ-Lextenso, 2013.
- Flour (J.), Aubert (J.-L.), Savaux (E.), *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation.*, 15e éd., Sirey, 2013.
- Laithier (Y.-M.), *Droit comparé*, Dalloz, 2009.

- Larroumet, (Ch.), *Droit civil. Tome 3, Les obligations, Le contrat, 6e éd.*, Economica, 2007.
- Legeais (R.). *Grands systèmes de droit contemporains*, Litec, 2008.
- Legrand (P.), *Le droit comparé. Que sais-Je?* Presses universitaires de France, 2011.
- Lévy (J.- Ph.), Castaldo (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010.
- Mainguy (D.), *Contrats spéciaux*, 9e éd., Dalloz, 2014.
- Malaurie (Ph.), *Les successions, Les libéralités*. Defrénois. 2015.
- Malaurie (Ph.), Aynès (L.), *Les obligations, 6e éd.*, LGDJ, 2013.
- *Les contrats spéciaux.*, 7e éd., Issy-les-Moulineaux: : LGDJ, Lextenso éditions, 2014
 - *Les biens.*, 6e éd., Issy-les-Moulineaux: : LGDJ-Lextenso éditions, 2015.
- Malinvaud (Ph.), *Introduction à l'étude du droit, 14e éd.*, LexisNexis, 2013.
- Malinvaud (Ph.), et Fenouillet (D.), *Droit des obligations*. LexisNexis, 2014.
- Marty (G.), Raynaud (P.), and Jestaz (Ph.), *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*. Sirey, 1987.
- Mazeaud (A.), *Droit du travail*, LGDJ : Lextenso, 2014.
- Mazeaud, (H. et L.), Chabas (F.), *Leçons de Droit Civil, 2. 1, Obligations : théorie générale, 9e éd.*, Montchrestien, 1998.
- McKendrick, (E.), *Contract law, 10e edition*, Basingstoke (GB): : Palgrave Macmillan, 2013.
- Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français [Texte imprimé]. Tome X Première partie. Contrats civils*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1932.
- Pollaud-Dulian (F.), *Le droit d'auteur: propriété intellectuelle.*, 2e éd., Economica. 2014.
- Pothier (R-J), *Traité des obligations*, Dalloz, 2011.

- Robaye (R.), *Le droit romain*. Louvain-la-Neuve ; Bruxelles Academia : Bruylant, 2002.
- Simler (Ph.), Delebecque (Ph.), *Droit civil : Les sûretés, la publicité foncière*, 6e éd., Dalloz, 2012.
- Terré (Fr.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.), *Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013.
- Thierry (R.), *Introduction au droit comparé*. Puf, 2014.
- Viney (G.), *Introduction à la responsabilité*. LGDJ, 2008.
- Viney (G.), Jourdain (P.), *Les effets de la responsabilité*. LGDJ, 2011.
- 崔建远, 合同法, 北京大学出版社, 2013.
- 朱庆育, 民法总论. 第2版, 北京大学出版社, 2014.
- 郭明瑞, 担保法, 第二版. 21世纪法学系列教材. 中国人民大学出版社. 2008.
- 韩世远, 合同法总论. 第三版. 法律出版社, 2011.

Thèses, monographies et ouvrages collectifs

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique. *Les Réactions de la doctrine à la création du droit par les juges*. Paris: : Economica, 1982.

– Journées nationales, tome XVI., *La place du juriste face à la norme*. Dalloz, 2012.

Aynès (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*. Collection Droit Civil, Economica, 1984.

Bakouche (D.), *L'excès en droit civil*. Bibliothèque de Droit Privé, t. 432.L.G.D.J., 2005.

Belaid (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.

Bernhardt (K.), Huang (Ph. C.C.), *Civil law in Qing and Republican China*. Stanford University Press, 1994.

Bergel (J.-L.), *Théorie générale du droit*. Dalloz, 2012.

- Beydon (O.), *Introduction à la pensée juridique chinoise*. Bruxelles: : Ed. Larcier, 2014.
- Bloud-Rey (C.), *Le terme dans le contrat*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.
- Boismain (C.), *Les contrats relationnels*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.
- Bonnet (D.), *Cause et condition dans les actes juridiques*, LGDJ, 2005.
- Bougerol-Prud (L.), *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012.
- Carbonnier (J.), *Flexible droit.*, 10e éd., L.G.D.J, 2001.
- Carrier (J. G.), *Occidentalism : images of the West*, Oxford University Press., 1995.
- Chabas (C.), *L'inexécution licite du contrat*. Bibliothèque de Droit Privé, t. 380. Paris: L.G.D.J., 2002.
- Chang, (M. P-H.), *La résolution du contrat pour inexécution: étude comparative du droit français et du droit chinois*. PUAM., 2005.
- Charbonneau (C.), *La contribution de la Cour de Cassation à l'élaboration de la norme*. IRJS, 2011.
- Chénéde (Fr.), *Les commutations en droit privé.*, Economica. 2008.
- Chen (L.), and Rhee (C. H. V.), *Towards a Chinese civil Code: comparative and historical perspectives*. Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- Chen (P.), *L'information précontractuelle en droit des assurances: étude de droit comparé français et chinois*. Institut Des Assurances. PUAM. 2005.
- Chen (X.), *Occidentalism: A theory of counter-discourse in Post-Mao China*. Rowman & Littlefield, 2002.
- Code civil 1804 - 2004: livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004.
- Collart Dutilleul (Fr.), *Les contrats préparatoires a la vente d'immeuble*. Sirey, 1988.
- Collinet (P.), *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des Institutions classiques en Occident*, Sirey, 1912.

- Corgas-Bernard (C.), *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.
- Crocq (P.), *Propriété et garantie*. LGDJ, 1995.
- Dabin (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz. 2007.
- Dagorgne-Labbe (Y.), Contribution à l'étude de la faculté de dédit, thèse, 1984.
- Dolais (Y.), Sous la direction, *Un nouveau regard sur le droit chinois: Colloque du 30 mai 2007, journées juridiques franco-chinoises 2007*. Société de législation comparée, 2008.
- Esmein (A.), *Études sur les contrats dans le très-ancien droit français* Paris: LLarose et Forcel, 1883.
- Fin-Langer (L.), *L'équilibre contractuel*. Bibliothèque de Droit Privé, t. 366. Paris: L.G.D.J., 2002.
- Gaudemet (E.), *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*. La Mémoire du droit, 2002.
- Genicon (Th.), *La résolution du contrat pour inexécution*. LGDJ, 2007.
- Halpérin (J.-L.), *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, 2009.
- Hamelin (J-Fr.), *Le contrat-alliance* : Economica, 2012.
- Hansen (V.), *Negotiating daily life in traditional China*. Yale University Press, 1995.
- Hauriou (M.), *Principes de droit public*, Dalloz, 2010.
- Helleringer (G.), *Les clauses du contrat*, LGDJ, 2012.
- Houtcieff (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*. PUAM, 2001.
- Hsu (C. S.), *Understanding China's legal system: Essays in honor of Jerome A. Cohen*. NYU Press, 2003.
- Jacob (R.), *La grâce des juges: L'institution judiciaire et le sacré en Occident*. Puf, 2014.
- Jamin (Ch.) et Mazeaud (D.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*. Collection Etudes Juridiques, Economica., 1999.
- Jamin (Ch.), sous la direction, *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008.

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

– *Les sources du droit, 2e éd.*, Dalloz, 2015.

Jestaz (Ph.), Jamin (Ch.), *La doctrine*. Dalloz, 2004.

Josserand (L.), and David (D.), *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.

Julien (F.), *Les Transformations Silencieuses*. Biblio Essai. Grasset, 2009

– *Du temps: éléments d'une philosophie du vivre*. Biblio Essai. Grasset, 2001.

Legrand (P.), *Pour la relevance des droits étrangers*. : Presses universitaires de France, 2014.

Legrand (P.), sous la direction, *Comparer les droits, résolument*. Paris: : Presses universitaires de France, 2009.

Lequette (S.), *Le contrat-coopération*. Economica, 2012.

L'erreur. Cahiers des sciences morales et politiques. Paris: Presses universitaires de France, 2007.

Karine de La (A. P.), *La réfaction du contrat*. Paris: : LGDJ, 2006.

Lafefve Laborderie (A. S.), *La pérennité contractuelle*, LGDJ. 2005.

Macneil, (I. R.), *The new social contract: An inquiry into modern contractual relations*. Yale University Press, 1980.

Mathias (L.), *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGDJ, 2009.

Mayaux (L.), *Les grandes questions du droit des assurances*. LGDJ, 2011.

Mazeaud (D.), *La notion de clause pénale*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992.

Margaret (Y. K. W.), Gallagher (M. E.), *Chinese justice*. New York: : Cambridge University Press, 2011.

Milhac (O.), *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*. LGDJ. 2001.

Mirabail (S.), *La rétractation en droit privé français*. LGDJ, 1997.

Molfessis (N.), sous la direction, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*. Economica, 2004.

- Monateri (P. G.), *Methods of comparative law*. Edward Elgar Publishing, 2012.
- Najjar (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967.
- Oppetit (B.), *Droit et modernité*. PUF, 1998.
- Pagnerre (Y.), *L'extinction unilatérale des engagements*. Thèses. Panthéon Assas, 2012.
- Peerenboom (R.), *China's long march toward rule of law*. Cambridge University Press, 2002.
- Penin (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat: Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*. Bibliothèque de Droit Privé, t. 535. L.G.D.J., 2012.
- Pères-Dourdou (C.), *La règle supplétive*. L.G.D.J, 2004.
- Pichonnaz (P.), *Les fondements romains du droit privé*. L.G.D.J. : Schulthess, 2008.
- Piquet (H.) *La Chine au Carrefour des traditions juridiques*. Bruylant, 2005.
- Posez (A.), *L'inexistence du contrat*, thèse, 2010.
- Redouin (J.), "Les arrhes en droit français", thèse, 1935.
- Ripert (G.), *Les forces créatrices du droit*. Paris: : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.
- Robert (G.), Lu (J.), Li (B.), *Droit chinois des affaires*. Larcier, 2013.
- Rochfeld (J.), *Les grandes notions du droit privé*. Paris: : Presses universitaires de France, 2013.
- Ronald (C. B.), *Understanding Chinese Court*
- Rouland (N.), *L'anthropologie juridique. 2. éd. Que sais-je? Presses Univ. de France, 1995.*
- Ruskola (T.), *Legal orientalism: China, the United States, and Modern Law*. Harvard University Press, 2013.
- Sacco (R.), *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. *Economica*, 1991.

- Sarat (A.), *Cultural pluralism, Identity politics, and the Law*. University of Michigan Press, 2001.
- Schiavone (A.), *Ius: L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008.
- Shi (J.), *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*. Bibliothèque de Droit Privé, t. 473. Paris: L.G.D.J., 2006.
- Simler (Ph.), *La nullité partielle des actes juridiques*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.
- Stoffel-Munck (Ph.), *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*. Bibliothèque de Droit Privé, t. 337. Paris: L.G.D.J., 2000.
- Supiot (A.), *Homo Juridicus*. Paris: : Éd. Seuil, 2005.
- Taisne (J-J.), “La notion de condition dans les actes juridiques : contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle.”, thèse, 1977.
- Terré (Fr.), sous la direction *Pour une réforme du régime général des obligations*. Dalloz, 2013.
- Théodoresco (A-R.), “La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux en droit français.”, thèse, 1923.
- Thioye (M.), *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.
- Torck (S.), “Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles ”, thèse, 2001.
- Valory (S.), *La potestativité dans les relations contractuelles*. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.
- Villers (R.), *Rome et le droit privé*, Albin Michel, 1977.
- Wicker (G.), *Les fictions juridiques*, LGDJ., 1997.
- Zenati (F.), *La jurisprudence*. Dalloz, 1991.
- Zimmermann (R.), *The law of obligations*. Oxford: : Clarendon press, 1996.
- Zweigert (K.), and Kötz (H.), *Introduction to comparative law*. Oxford ; New York: : Clarendon Press : Oxford University Press.
- Zulueta (F. de), *The roman law of sale*. Oxford: : The Clarendon Press, 1945.

- 张传玺, 陈秉才, 中國歷代契約會编考釋. 北京大学出版社, 1995.
- 梁治平, 清代习惯法: 社会与国家. 中国政法大学出版社, 1996.
- 梁治平, 王亚新, 明清時期的民事審判与民間契約. 北京: 法律出版社, 1998.
- 王利明, 违约责任论. 中国政法大学出版社, 1996.
- 邓正来, 中国法学向何处去? . 商务印书馆, 2005.
- 郭建, 獬豸的投影: 中国的法文化. 上海三聯書店, 2006.
- 黄宗智, 过去和现在-- 中国民事法律实践的探索, 法律出版社, 2009.

Articles

- Ancel, Pascal. “Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat.” *RTD.civ.* 1999, 771–810.
- . “Contrat de fait et comportements sociaux typiques.” *RDC*, 2004-4: p.1087.
 - . “Retour sur l’arrêt de l’Assemblée Plénière à la lumière du droit comparé.” In *Mélanges Geneviève Viney*, 2008, pp. 23–37.
 - . “Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l’exécution du contrat : retour sur l’arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007.” In *Mélanges Daniel Tricot*, 2011, pp. 61–90.
- Atias (Ch.), “L’ambiguïté des arrêts dit de principe en droit privé,.” *JCP.* 1984., I, 3145.
- “D’une vaine discussion sur une image inconstante : la jurisprudence en droit privé,.” *RTD.civ.*, 2007, 23.
- Aynès (L.), “Le gage de meubles corporels.” *Revue Lamy Droit Civil* 2006, 29, pp. 7–12.
- “Mauvaise foi et prérogative contractuelle.” *Revue Des Contrats* 2011/2, pp. 687–90.
- Bach (L.). “La jurisprudence est-elle oui ou non, une source du droit.” In *Mélanges Jacque Héron*, 2008, 47–60.

- Baillo (R.), “Le droit de repentir.” *RTD.civ*, 1984, p. 227.
- Balme (S.), “Chine : la règle de droit aux marges d’un empire bureaucratique et absolutiste (1978-2014).” in *Revue Française d’Administration Publique (RFAP)*, 2014, pp. 393–413.
- Bastid-Bruguière (M.), “L’esprit de la codification chinoise.” *Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques* , 1998, pp. 129–147.
- Béchillon (D.), “Comment traiter le pouvoir normatif du juge ?” In *Libres Propos Sur Les Sources Du Droit: Melanges En L’honneur de Philippe Jestaz*, 2006, p.32 et s.
- Belleau (M.-C.), “Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXsiècle en France.” *Les Cahiers de droit* 1999-3, p. 507.
- Benet (A.), “Indemnité d’immobilisation, dédit et clause pénale.” *JCP. N.* 1987, 115.
- Bergel, (J.-L.) “Différence de nature (égale) différence de régime.” *RTD.civ*, 1984, 255.
- Béroujon (Ch.), “Pour une analyse empirique des relations entre contentieux et jurisprudence.” *RTD.civ*, 1993, 94.
- Bissy, (A. d.), 2000. “L’indemnité d’immobilisation.” *Revue de Droit Immobilier* 2000, 287–306.
- Boccaro, B. 1970. “De la notion de promesse unilatérale (Régime fiscal et vente de fonds de commerce).” *JCP G. I*, 2357.
- Bon (P.-A.), “La condition portant sur l’exécution d’une obligation.” *Les Petites Affiches* 2007, 127 (Juin): pp. 3–13.
- Boulangier (J.), “Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile.” *RTD.civ*, 1961, 417.
- Bourgon, (J.), “Principe de légalité et règle de droit dans la tradition juridique chinoise.” In *La Chine et La Démocratie*, 2007, p.157 et s.
- Boussougou (F.), “La nature juridique de la réduction applicable aux obligations excessives.” In *Mélanges Ph. Simler*, pp. 531–53. 2006.

- Boyer (L.), “La clause de dédit.” In *Mélanges P. Raynaud*, Sirey. 1985.
- Brenner (C.), “L’erreur dans la théorie des vices du consentement.” In *L’erreur*, Cahiers Des Sciences Morales et Politiques. PUF 2007, p.34 et s.
- Bretin, (J.-D.), “Remarques sur la doctrine.” In *Mélanges Hébraux*, Toulouse: Université des sciences sociales, 1981, p.111 et s.
- Bros (S.), “Le gage-espèces après l’ordonnance du 23 Mars 2006.” *Revue Lamy Droit Des Affaires*, 2007-Janvier p. 86–89.
- “Le Gage-Espèces.” *Droit et patrimoine* 2007, n° 161, pp. 77–81.
- Burdin (E.), “Des vices et vertus des clauses relatives à la condition suspensive d’obtention d’un prêt en matière de crédit immobilier.” *Les Petites Affiches*, 2010-31, pp.4–10.
- Bureau (D.), “Le gage espèces, une sûreté atteignant sa maturité ?” *Droit et Patrimoine*, 1999, n° 77, pp. 22–30.
- . “L’ambivalence des principes généraux du droit.” In *La Cour de Cassation et L’élaboration Du Droit*, 2004, Economica, p.181 et s.
- “Les regards doctrinaux sur le Code civil.” In *Code Civil 1804 - 2004: Livre Du Bicentenaire*, p.171 et s.
- Cabrillac (M.), “Les sûretés conventionnelles sur l’argent.” In *Mélanges J. Derruppé*, 1991, p.333 et s.
- Calais-Auloy, (J.), “La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs.” *D. 1973*, Chron. 266.
- Canut (F.), “Les clauses de dédit-formation : de la nullité des clauses illicites à la nullité des clauses excessives.” *Jurisprudence Sociale Lamy 2005, Janv.* , pp. 4–8.
- Carbonnier (J.), “Notes sur les notes d’arrêts.” *D.1970*, 137.
- Charmont, (J.), et Chausse, “Les interprètes du Code civil.” In *Le Code Civil, 1804-1904, Livre Du Centenaire*, 2004, p.138 et s.
- Chen (C.), “La place et les fonctions de l’interprétation judiciaire En Chine.” In *Les Sources Du Droit et La Réforme Juridique En Chine*, Litec., 2003, pp. 221–40.

- Chénéde (Fr.), “Les conditions d’exercice des prérogatives contractuelles.” *Revue Des Contrats* 2011/2, pp. 709–26.
- Chénéde (Fr.), “Charles Demolombe, la condition potestative.” *Revue Des Contrats* 2013/1, pp. 291–308.
- Chen, Jianfu. “The transformation of Chinese law : from formal to substantial,.” *Hong Kong Law Journal* 37 (2), 2007, p.690 et s.
- Choukroune (L.), Chloé (F.), “Réforme du droit et contestation sociale sans État de droit : le laboratoire chinois.” *Le Mouvement Social* 2013, 244 (3).
- Combescure (F.), “Existe-t-il des contrats réelles en droit français ?” *Rev.crit.lég.et Jur.*, 1903, 477.
- Constans (J.), “Une fiction juridique : la « commune intention des parties ».” In *Mélanges Guibal Michel, 2006, v.1, p.19 et s.*
- Czapski (W.), “Les arrhes dans l’hôtellerie et l’organisation des voyages.” In *Etude Offertes À Barthélemy Mercadal, 2002, pp. 429–41.*
- David (R.), “L’imprévision dans les droits européens.” In *Mélanges Jauffret, 1974, 211.*
- Deguergue, (M.), “Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts.” *RFDA, 2007, p.254.*
- Delebecque, Philippe. 1999. “L’anéantissement unilatéral du contrat.” In *L’unilatéralisme et Le Droit Des Obligations, p.61 et s.*
- “Les aménagements contractuels de l’exécution du contrat.” *Les Petites Affiches* 2000-90, pp. 22–29.
 - “Prérogative contractuelle et obligation essentielle.” *Revue Des Contrats* 2011/2: pp. 681–87.
- Delmas-Marty (M.), “La construction d’un État de Droit dans la Chine D’aujourd’hui. Avancées et Résistances.” *Recueil Dalloz* 2002, pp. 2484–90.
- Deshayes (O.), “Les Réformes Récentes et Attendues En 2009.” *Revue Des Contrats* 2009/4, pp. 1602–16.
- “Les sanctions de l’usage déloyal des prérogatives contractuelles.” *Revue Des Contrats* 2011/2 (January): pp.726–45.

- Deumier, (P.) “Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de Cassation.” In *APD, T.50*, p.49 et s.
- Didier (P.), “Brèves notes sur le contrat-organisation.” In *Mélanges F. Terré*, pp. 635–42.
- Dondero (B.), “De la condition potestative licite.” *RTD.civ.* 2007, pp. 677–700.
- Dross (W.), “L’introuvable nullité des conditions potestatives.” *RTD.civ.*2007, pp. 701–21.
- . “L’irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ?” *RTD.civ.* 2011, pp. 25–44.
- Esmain (A.), “La jurisprudence et la doctrine.” *RTD.civ.*, 1902, 5.
- Fauvarque-Cosson (B.), “Le changement de circonstances.” *Revue Des Contrats* 2004, pp. 67–92.
- Feunouillet (D.), “La liste des clauses « noires » et « grises » enfin décrétée, mais pour combien de temps.” *RDC 2009* , 1422.
- Génicon (Th.), “ De l’irrévocabilité spéciale des donations à l’ordre public des transferts de propriété à titre gratuit ” In *Mélange G. Champenois*, pp.303–46.
- Gernet (J.), “La vente en Chine d’après les contrats de Touen-Houang (IXe-Xe Siècles).” *T’oung Pao*, Second Series, 1957, 45 (4/5): 295–391.
- Ghestin (J.), . “L’indétermination du prix de Vente et la condition potestative.” *D.1973*, 293.
- “La notion du contrat.” *D.1990*, 147.
- “La notion de condition potestative au sens de l’article 1174 du Code civil.” In *Études Weill.* 1983, p.243 et s.
- “L’utile et le juste dans les contrats.” In *APD 1981, T. 26*, 41.
- Gjidara (S.) “Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats: le glissement jurisprudentiel de l’article 1174 à 1178 du Code civil (suite et fin).” *Les Petites Affiches* 2000, 124 :pp. 4–9.
- Glenn (H. P.), “Vers un droit comparé intégré?” *Revue Internationale de Droit Comparé* 1999-4 : 841–52.

- Gobert (M.), “La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacé.”
RTD.civ, 1992, 344.
- Goubeaux (G.), “Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l’intérêt exclusif de l’une des parties.” *Deffrénois*, 1979, art. 31987.
- “A propos de l’erreur sur la valeur.” In *Mélanges Jacque Ghestin*, pp. 389–404.
- Grimaldi (M.), “Observations générales de la réforme.” *Dr. et Patr.*, 2005, n°. 140.
- “Le contrat et les tiers.” In *Mélanges En Hommage À Philippe Jestaz*, p. 163 et s.
- Guyon (Y.), “De l’esprit critique des juristes.” In *Mélanges Jacque Dupichot*, 2004, pp. 227–39.
- Hage-Chaine (F.), “Le relationnel et l’empirique dans la notion d’inexistence en matière d’actes juridiques.” In *Mélanges Jacque Foyer*, p. 529 et s.
- Hébraud (P.), “Le juge et la jurisprudence.” In *Mélanges Couzinet*, 1974, Université des sciences sociales de Toulouse, 329 et s.
- Mazeaud (H.), “La faute objective et la responsabilité sans faute.” *D.1985*, p.13
- Henry (X.), “Vidons les Grefges de la république ! De l’exhaustivité d’accès aux arrêts civils des Cours d’appel.” *D.2011*, 2609–16.
- Humann (C.), “La spécificité de la clause de dédit.” *Revue de Droit Immobilier* 1997: 169–76.
- Izoche (M.-L.), “Réflexion sur la distinction.” In *Mélanges Christian Mouly*, 1998, 54.
- Jamin (Ch.), “Pour en finir avec la formation du contrat.” *Les Petites Affiches* 1998-54, pp. 25–27.
- “Eléments d’une théorie réaliste des contrats réels.” In *Mélanges J. Béguin*, 2005, pp. 381–414.
- “Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : une exercice de lecture comparé.” *Droits* 2010, n° 51: pp. 137–59.
- Jestaz (Ph.), “La jurisprudence : réflexions sur un malentendu.” *D.1987*, 11.

- “La jurisprudence, ombre portée du contentieux.” *D.1989*, 149.
 - “La jurisprudence constante de la Cour de Cassation.” In *Autour Du Droit Civil*, 2005, p.113 et s.
- Chen (J.), “L’application du droit en Chine : Une bataille politico-légale.” *Perspectives Chinoises 2002*, 72 (1): 28–42.
- Jin (Z.), “From a supplementary legislator to a legitimate judicial lawmaker – on the role of the Supreme People’s Court in developing the law in mainland China.” In *Towards a Chinese Civil Code*, 2012, pp.29–60.
- JOBARD-BACHELLIER, (M.-N.), “Existe-il encore des contrats réels en droit français ?” *RTD.civ 1985*: p.3.
- Jourdain (P.), “A la recherche de la réfaction du contrat, Ssnction méconnue de l’inexécution.” In *Mélanges Ph. Le Tourneau*, 2008, pp. 449–63.
- Kenfack (P. E.), “Précisions sur la protection de l’acquéreur immobilier qui recourt à un prêt pour financer l’acquisition de son logement.” *JCP N 2008*, pp. 15–19.
- Zou (K.), “La difficile harmonisation des normes locales et de la législation nationale.” *Perspectives chinoises*, 2004, no. 81
- Minzners (K. F.), “China’s turn against law.” *DOI 10.5131/AJCL.2011.0006*.
- Kitamura (I.), “Brèves réflexions sur la méthode de comparaison Franco-Japonaise.” *Revue Internationale de Droit Comparé 1995*, 47 (4): 861–69.
- Kelsen (H.), "La théorie juridique de la convention", *Archives de Philosophie du Droit*, 1940, pp. 33-76
- Kullmann (J.), “L’assuré est en droit d’être de la plus extrême mauvaise foi : L’arrêt qui ne passe pas.” In *Mélanges Jean Bigot*. 2010, pp.215-242.
- Lagarde (X.), “La motivation des actes juridiques.” In *La Motivation*, Travaux d’Association Henri Capitant. Limoge. 1998, 73.
- Laithier, (Y-M.), 2006. “A propos de la réception du contrat relationnel en droit Français.” *D. 2006*, pp.1003–8.
- “Clauses abusives-les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales).” *Revue Des Contrats 2009/4*, pp. 1650–62.

- Lebois (A.), “Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel.” *JCP G* 2008, 47, pp. 13–17.
- Lécuyer (H.), “Le contrat, acte de prévision.” In *Mélanges F. Terré*, 1999, 643–59. PUF : Dalloz : Editions du Juris-Classeur.
- “L’irrévocabilité spéciale des donations.” In *Mélanges P. Catala*, 2001, pp. 405–20.
- Leduc (F.), “Le gage translatif de propriété, mythe ou réalité ?” *Revue RTD Civ.* 1995, pp. 307–22.
- Legeais (D.), “Le Gage-espèces après la réforme des sûretés.” *Droit et Patrimoine* 2008, Janv., pp. 53–55.
- Legrand (P.), “Comparer.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 1996, 48, pp. 279–318.
- “Sur l’analyse différentielle des juriscultures.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 1999, (4): pp. 1053–71.
- Lequette (S.), “Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : Le contrat-coopération.” *Revue de Droit d’Assas* 2013, n°7 pp. 66–76.
- Lequette (Y.), “Bilan des solidarismes contractuels.” In *Mélanges Paul Didier*, 2008, pp. 247–87.
- “De la difficulté des clauses de hardship.” In *Liber Amicorum Christian Larroumet*, 2009, pp.267–82.
 - “Retour sur le solidarisme contractuel : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique.” In *Mélanges En L’honneur Du Professeur Jean Hauser*, 2012, p.879 et s.
- Libchaber (R.), “Réflexions sur les effets du contrat.” In *Mélanges Jean-Luc Aubert*, 2005, pp. 211–33.
- Li-Kotovtchikhine (X.-Y.), “Le nouveau droit chinois des contrats internationaux.” *Journal Du Droit International (Clunet)* 2002, pp. 113–63.
- “Le pragmatisme juridique dans la Chine Post-Mao.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 2009, (4): pp. 715–37.

- LI (Sh.), “La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels: principes fondamentaux et notions de base.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 2009, (1): pp.73–90.
- Li (X.), “L’esprit du droit chinois : perspectives comparatives.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 1997, (1): pp. 7–35.
- Loiseau (G.), “Le contrat de don d’éléments et produits du corps humain. Un autre regard sur les contrats réels.” *D.2014*, 2252–58.
- Lubman (S.), “Studying contemporary Chinese law : limits, possibilities and strategy.” *Am. J. Comp. L.*, 1991, no. 39: 316.
- Lubman (S. B.), “Bird in a cage: Chinese legal reforms after twenty years.” *Nw. J. Int’l L. & Bus.* 383 (1999).
- Lubman (S. B.), et Choukroune (L.), “L’incomplète réforme Par Le Droit.” *Esprit* 2004, p.122 et s.
- Macneil (I. R.), “The Many Features of Contrats.” *Southern California Law Review* 1974, vol. 47: 691.
- “Reflections on relational contract.” *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1985, 541.
 - “Relational contrats : what we do and do not know.” *Wisconsin Law Review*, 1985, 483.
- Malaurie (Ph.), “L’effet prophylactique du droit civil.” In *Mélanges Jean Calais-Auloy*, 2004, pp.669–86.
- Maury (J.), “La jurisprudence, source du droit.” In *Mélanges G. Ripert*, 1950, p.28 et s.
- Mazeaud (D.), “Le nouvel ordre contractuel.” *Revue Des Contrats* 2003-1, pp. 295–322.
- “Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle.” *Revue Des Contrats* 2011/2 pp. 690–95.
- Mcauley (M.), 1977. “One thousand years of arra.” *23 McGill L. J.* 693, pp.693–706.

- Mestre (J.), “Pour un principe directeur de bonne foi Mmieux précisé.” *Revue Lamy Droit Civil* 2009, n°58, pp.7–9.
- Meynial (Ed.), “Les recueils d’arrêts et les arrêttistes.” In *Le Code Civil 1804-1904 : Livre Du Centenaire*, p.175 et s.
- Moccia (L.), “Le double paradoxe de la modernité en Chine.” *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2011, no. 4: pp.781–808.
- Molfessis (N.), “Les prédictions doctrinales.” In *Mélanges François Terré*, 1999 , p.141 et s.
- “De l’obligation de renseignement à l’éducation juridique du contractant.” In *Mélanges Jean Hauser*, 2012, pp. 927–53.
- Molfessis (N.) et Bureau (D.), “L’asphxie doctrinale.” In *Mélanges Bruno Oppetit*, 2009, p.45.
- Moulligner (N.), “Le contrat réel dans l’évolution du droit des contrats.” *Revue de La Recherche Juridique. Droit Prospectif* 2004/4, pp. 2233–39.
- Mouly (Ch.), “Le droit peut-il favoriser l’intégration européenne ?” *Revue Internationale de Droit Comparé* 1985, (4): pp. 895–945.
- Mousseron (J.-M.), “La durée dans la formation des contrats.” In *Mélanges Alfred Jauffret*, 1974, p.519 et s.
- Muir-Watt (H.), “La fonction subversive du droit comparé.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 2000,(3): pp. 503–27.
- “Du contrat relationnel.” In *La Relativité Du Contrat*. Travaux d’Association Henri Capitant.
- Najjar (I.), “La potestativité : notes de lecture.” *RTD Civ* 2012, pp. 601–23.
- Noda (Y.), “La réception du droit français au Japon.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 1963, (3): 543–56.
- Nuytten (B.), “La renonciation à la condition suspensive : quand c’est le mécanisme qui défaille.” *Revue Des Contrats* 2008/3, pp. 959–65.
- Oppetit (B.), “L’adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship.” *Clunet*, 1974, p.794 et s.

- Ost (Fr.), “Temps et contrat : critique du pacte *Faustien*.” In *La Relativité Du Contrat*, 146.
- Paisant (G.), “Clauses pénales et clauses abusives après la loi numéro 95-96 du 1 février 1995.” *D.* 1995, 223–24.
- Peerenboom (R.) 2003. “The X-Files, past and present portrayals of China’s alien legal system ’.” *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, no. 37: p.74 et s.
- Pellier (J.-D.), “Le sort du contrat en cas de défaillance de la condition suspensive.” *Les Petites Affiches* 2008-73 : 3–9.
- Peltier (V.), “Contribution à l’étude de la notion d’inexistence en droit privé.” *Revue de La Recherche Juridique. Droit Prospectif* 2000/3, pp. 937–76.
- Perdriau (A.), “La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de Cassation.” *JCP G* 1990, I, 3468.
- Picard (E.), “L’état du droit comparé en France, en 1999.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 1999, (4): pp. 885–915.
- Pimont (S.), “Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemples en droit du contrat.” *RTD Civ.* 2009 : 417–31.
- Piquet (H.), “Un code à décoder : le futur code civil chinois.” *Les Cahiers de droit* 2005-46 (1-2): 131.
- “Les réformes juridiques chinoises diluées dans l’harmonie.” *Droit et Société* 2013-84: 453–73.
 - “Les réformes juridiques chinoises diluées dans l’harmonie.” *Droit et société* 2013-84 (2): 453–73.
- Pomart-Nomdedeo (C.), “Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité.” *RTD Civ.* 2010.: pp. 209–27.
- Puigelier (C.), “D’une approche cognitive de l’arrêt de principe.” *Revue de La Recherche Juridique. Droit Prospectif* 2002/4, pp. 1631–45.
- “La création du droit : libres propos sur la norme jurisprudentielle.” *Revue de La Recherche Juridique. Droit Prospectif* 2004/1: 17–31.
- Quétant (G.-P.), “La clause de dédit-formation Est-elle révisable par le juge ?” *Les Cahiers Du DRH* 2001-42: 6–7.

- Raynaud (P.), “La renonciation à un droit.” *RTD.civ.* 1936, 791.
- Rémy (Ph.), “Eloge de l’exégèse.” *RRJ.* 1982, pp.254–62.
- “Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d’inexécution du contrat.” In *Mélanges P. Couvrat*, 2001, 121.
 - “Le dépôt est un contrat comme les autres (une relecture de flexible droit).” *Revue Des Contrats* 2014/1: 143–46.
- Rivero (J.), “Apologie pour les « faiseurs de système ».” *D.*1951, 99.
- Rochfeld (J.), “Les droits potestatifs accordés par le contrat,.” In *Mélanges Jacques Ghestin*, 2001, pp. 747–68.
- “Les modes temporels d’exécution du contrat.” *Revue Des Contrats* 2004-01 : 47–66.
- Roets (D.), “Les droits discrétionnaires: une catégorie juridique en voie de disparition ?” *D.* 1997, pp. 92–96
- Rondeau-Rivier (M. -C.), “La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes.” *RTD.civ* 1993, 89.
- Rontchevsky (N.), “La révision de la clause pénale, aujourd’hui et demain.” In *Mélanges G. Wiederkehr.*, 2009, pp.695-699.
- Rouast (A.), “Droits discrétionnaires et droits contrôlés.” *RTD.civ.* 1944, 1.
- Rouhette (G.), “« Droit de la consommation » et théorie générale du contrat.” In *Mélanges René Rodière.* 1981, p.247 et s.
- “La révision conventionnelle du contrat.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 1986, (2): 369–408.
- Sabard (O.), “La hiérarchisation de la jurisprudence.” *Revue Lamy Droit Civil* 2009, 65: 61–66.
- Sacco (R.), “Définitions savantes et droit appliqué dans les systèmes romanistes.” *Revue Internationale de Droit Comparé* 1965, (4): pp.827–37.
- Sauphanor-Brouillaud (N.), “Clauses abusives dans les contrats de consommation : Critères de L’abus.” *Contrats Concurrence Consommation* 2008: pp. 7–17.

- Senn (F.), “La dation d’arrhes. Histoire d’une sûreté réelle.” *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 1913, p.575 et s.
- Serverin (E.), 2009. “Plaidoyer pour l’exhaustivité des bases de données des décisions du fond (à propos de l’ouverture à la recherche de la base JURICA).” *D. 2009*, pp. 2882–87.
- Sourieux (J.-L.), “Les mots et le droit.” In *Mélanges Jean-Louis Sourieux*, 2011, pp. 61–64.
- Stoffel-Munck (Ph.), “Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français.” *Droit et Patrimoine* 2012-213: 56–71.
- Tallon (D.), 1997. “La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé.” In *Mélanges Sayag*, 403.
- Tauran (Th.), “Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale.” *JCP S* 2006, (édition Sociale): 13–17.
- Théry (Ph.), “La « jurisprudence » des Cours d’appel et l’élaboration de la norme.” In *La Cour de Cassation et L’élaboration Du Droit*, 2004, p.129 et s.
- Thibierge-Guelfucci (C.), “Libres propos sur la transformation du droit des contrats.” *RTD Civ.*1997-2 : 357–85.
- Thiel, Delphine. 2002. “De l’intérêt attaché à une rédaction précise des conditions suspensives.” *Revue de La Recherche Juridique. Droit Prospectif* 2002-3: 1223–36.
- Thomas (J.A.C.), “Arra in sale in Justinien Law.” *24 Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis*, 1956, pp. 253–78.
- Torck (S.), “Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l’ordonnance du 23 Mars 2006 relative aux sûretés.” *Revue de Droit Bancaire et Financier* 2006-4 : 39–43.
- Tourneau (Ph. Le.), “La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal.” *RDA*, 2011, no. 3: p.41 et s.
- Triclin (A.), “La renaissance des arrhes (analyse de l’article 3, Alinéa 4, de la loi numéro 92-60 du 18 Janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs).” *JCP G* 1994-3: 33–38.

Valory (S.), “Potestativité et requalification du contrat.” *Droit et Patrimoine* 1999, n° 72: 72–75.

Weill (P.), “Une résurrection : la théorie de l’inexistence en droit administratif.” *D.1958*, 49.

Whittaker, Simon. 2005. “Un droit à la prestation plutôt qu’un droit à l’exécution ? Perspectives anglaises sur l’exécution en nature et la réparation.” *Revue Des Contrats* 1 (January): 49–60.

Wittmann (V.), “La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente : à la recherche d’un équilibre contractuel.” *D. 2012*, 301–7.

Witz (C.), “La consécration de l’inexistence par plusieurs instruments d’uniformisation du droit.” In *Mélange Simler*, 2006, p. 728 et s.

Zhou (J.), “De l’équité dans l’office du juge en Chine contemporaine.” *Les Cahiers de droit* 2012, 53 (2): 349.

Zweigert (K.), “Des solutions identiques par des voies différentes (quelques observations en matière de droit comparé).” *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1966, (1): pp. 5–18.

王志强。“制定法在中国古代司法判决中的适用。” *法学研究*, 2006, no. 5: 138.

董浩，“最高人民法院公报发布案例之研究”， *人民司法*, 2002, 第6期, 18-20。

Notes et observations

Agostini (E.), note sous Cass. 3^e civ., 7 janv. 1998, *D. 1998*, p. 582.

Aubert (J.-L.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *Defrénois* 2000, 720.

Aubert (J.-L.), note sous Cass. Civ 1^{re}, 20 juill. 1981, *Defrénois*, 1982, 1085.

Aubert (J.-L.), note sous Cass. com., 11 mars 1968, *Defrénois* 1971, art. 29861.

Aubert (J.-L.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1997, *Defrénois* 1998. 358.

Aubert (J.-L.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 février 2001, *Defrénois* 1999. 755.

Aubert (J.-L.), obs. sous Cass. 3^e civ., 18 juillet 1986, *D. 1987. Somm.* 460.

Aubert (J.-L.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 1988, *D. 1989. Somm.* 339.

- Aubert (J.-L.), obs.sous Cass. 3^e civ., 11 mai 1976, *Defrénois* 1977, 456.
- Aubert (J.-L.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1997, *Defrénois* 1998. 358.
- Aubert de Vincelle (C.), note sous *CJCE*, 1^{er} Ch., 3 septembre 2009, *RDC* 2010, 643.
- Avena-Robardet (V.), note sous *CJCE*, 1^{er} Ch., 3 septembre 2009, *D.*2009, p.2161.
- Aynès (L.), note sous Cass. Com., 19 décembre 2006, *D.* 2007. *Chron.* 961.
- Aynès (L.), obs. sous Cass. Com. 6 février 2007, *RDC.* 2008, 425.
- Aynès (L.), note sous Cass. 3^e civ., 2 mars 2004, *RDC* 2004.
- Aynès (L.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010, *Defrénois* 2011, p.378.
- Aynès (L.), obs. sous Cass. 3^e civ, 15 décembre 1993, *D.*1995, *Somm.* 87.
- Aynès (L.), obs. sous Cass. 3^e 11 mai 2011, *Defrénois* 2011. 1023.
- Aynès (L.), obs. sous Cass. Com., 10 juillet 2007, *RDC.* 2007, 1107.
- Aynès (L.), obs. sous Cass. Com. 18 janv. 2011, *Dr. et patr.*, mai 2011, p. 72.
- Aynès (L.), obs.sous Cass. , ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D.*1996, 13.
- Barbier (J.-D.), obs. sous Civ. 3^e, 26 mars 2013, *RTD civ.* 2013. 606.
- Becquet (E.), note sous Orléans, 21 janvier 1948, *JCP* 1948, II, 4388.
- Bénac-Schmidt (F.), nous sous Cass. 3^e civ, 15 décembre 1993, *D.*1994, 507.
- Bénac-Schmidt (F.), note sous Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996, *D.*1996. 539.
- Bénac-Schmidt (F.), note sous Cass. Civ. 3^e, 5 déc. 1984, *D.* 1985. 544.
- Bénabant (A.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 20 févr. 1996, *Defrénois* 1996. 1432.
- Bénabant (A.), obs.sous Cass. Civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, *Defrénois* 1996, 814.
- Bigot (C.), note sous Cass. Crim., 16 mai 1996, *D.*1996, 462.
- Billiau (M.), note sous Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1997, *JCP G* 1997, II, 22893.
- Billiau (M.), sous Ass.plén., 6 octobre 2006, *CP G* 2006. II. 10181.
- Boccaro (M.), note sous Cass. Com. 8 nov. 1972, *JCP* 1973. II. 17565.
- Bouloc (B.), obs. sous Cass. Com., 10 février 1998, *RTD com.* 1998. 911.
- Bouloc (B.), obs. sous Cass. com., 4 janvier 1994, *RTD com.* 1994, 545.
- Brun (Ph.), note sous Cass. 3^e 11 mai 2011, *RDC* 2011. 1259.
- Bureau (D.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, *DIP* 2013. 256.
- Busseuil (G.), note sous *CJCE*, 1^{er} Ch., 3 septembre 2009, *LPA* 3 mai 2010, p.7.
- Buy (F.), note sous Cass. Soc., 1^{re} juillet 2009, *LPA* 29 mars 2010, p.15.
- Carbonnier (J.), *RTD.civ.* 1956, 363.
- Carbonnier (J.), *RTD.civ.* 1960, 496.
- Carbonnier (J.), obs. sous Orléans, 21 janvier 1948, *RTD.civ.* 1948.350.

- Carval (S.), obs. sous Com. 6 mars 2007, RDC 2007. 1137.
- Chabas (C.), note sous Cass. 1^{re} civ., 30 octobre 2008, *JCP G* 2009, II, 10052.
- Chazal (J.-P.), note sous Cass. Civ 1^{re}, 30 mai 2000, *D.*2000. 879.
- Champenois (G.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010, *Defrénois* 2011, p.378.
- Chauvel (P.), note sous Cass. 1^{re} civ., 16 octobre 2001, *Dr. et patr.*, févr. 2002, p. 109.
- Chauvel (P.), note sous Cass. 3^e civ., 15 janvier 2003, *Dr. et patr.*, mai 2003, p. 111.
- Cohet-Cordey (F.), note sous Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, *AJDI* 2006. 288.
- Colombet (C.), obs. sous CA Paris, 17 sept. 1997, *D. 1999. Somm.* 68.
- Colombet (C.), obs. sous Civ. 1^{re}, 5 juin 1984, *D. 1985. IR* 312.
- Colombet (C.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *D. 1992. Somm.* 15.
- Cornu (G.), note sous Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1966, *RTD civ.* 1967, 183.
- Crocq (P.), obs. Cass. Com., 19 décembre 2006, *RTD.civ.* 2007. 160.
- Crocq (P.), obs. Sous Cass. Com. 6 février 2007, *RTD.civ.* 2007, 703.
- Dagorne-Labbé (Y.), obs. sous Cass. 3^e civ., 13 octobre 1993, *JCP G* 1994, II, 22280.
- Dagorne-Labbé (Y.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010, *JCP G* 2011, 481.
- Dagorne-Labbé (Y.), note sous Cass. 3^e civ., 17 déc. 2008, *JCP* 2009. II. 10047.
- Dagorne-Labbé (Y.), note sous Cass. Com. 14 oct. 1997, *Defrénois* 1998. 358.
- Dagorne-Labbé (Y.), note sous Cass. Com. 25 avril 1989, *Defrénois* 1991. 108.
- Delebecque (Ph.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *D. 1999. Somm.* 115.
- Delebecque (Ph.), note sous Cass. Civ 1^{re}, 30 mai 2000, *Defrénois* 2000, 1124.
- Delebecque (Ph.), obs. sous Cass. 3^e civ., 13 octobre 1993, *Defrénois* 1994, 793.
- Delebecque (Ph.), obs. sous Cass. 3^e civ, 15 décembre 1993, *Defrénois* 1994. 795.
- Delebecque (Ph.), note sous Cass. 3^e civ., 26 juin 1996, *Defrénois* 1996. 1359.
- Delebeque (Ph.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, *RTD com.* 2013. 383.
- Delebeque (Ph.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 23 janv. 1996, *Defrénois* 1996. 1010.
- Delebeque (Ph.), note sous Cass. , ass. plén., *Defrénois* 1996. 747.
- Delebeque (Ph.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 20 févr. 1996, *Defrénois* 1996. 1363.
- Deumier (P.), obs.sous Cass. , ass. plén., 6 oct. 2006, *RTD civ.* 2007. 61.
- Descorps Declère (F.), note sous Cass. 2^e civ., 7 mars 2006, *JCP G* 2006, II, 10056.
- Dupichot (Ph.), note sous Cass. Com. 14 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1983. 1. Pan. 19.
- Fages (B.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010, *RTD civ.* 2011, p.346.

- Fages (B.), obs. sous Cass. 3^e civ., 26 septembre 2012, *RTD civ.* 2012, 723.
- Fages (B.), obs. sous Cass. 3^e civ., 12 septembre 2007, *RTD civ.* 2007. 770.
- Fages (B.), obs. sous Cass. Com., 10 juillet 2007, *RTD.civ.*2007, 773.
- Fages (B.), obs. sous Civ. 3^e, 12 sept. 2007, *RTD civ.* 2007. 770.
- Fages (B.) et Mestre (J.), obs. sous Cass. Civ 1^{re}, 30 mai 2000, *RTD.civ.* 2000. 827.
- Fages (B.) et Mestre (J.), obs. sous Cass. Civ 1^{re}, 13 février 2001, *RTD.civ.* 2001, 352.
- Fages (B.) et Mestre (J.), obs. Sous Cass. 1^{re} Civ., 16 octobre 2001, *RTD civ.* 2002. 97.
- Fages (B.) et Mestre (J.), obs. Sous Cass. 3^e civ., 31 mars 2005, *RTD civ.* 2005. 775.
- Fages (B.) et Mestre (J.), obs. sous Cass. 3^e civ., 15 février 2000, *RTD.civ.* 2000. 565.
- Fages (B.) et Mestre (J.), obs. sous Cass. Com., 23 mai 2000, *RTD civ.* 2001, 137.
- Fages (B.) et Mestre (J.), obs. sous Cass. com., 25 avril 2001, *RTD civ.* 2002, 99.
- Fages (B.) et Mestre (J.), obs. Sous Cass. 1^{re} civ., 16 octobre 2001, *RTD civ.* 2002, 97.
- Fages (B.) et Mestre (J.), obs.sous Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, *RTD civ.* 2006. 315.
- Fenouillet (D.), obs. sous Civ. 1^{re}, 2 avr. 2009, *RDC* 2009. 1426.
- Fischer-Achoura (E.), note sous Cass. 3^e civ., *JCP* 2003. II. 10129.
- Forest (D.), obs.sous Cass. 3^e civ., 30 janvier 2008, *D.* 2008. AJ 545.
- Fouquet (O.), note sous Aix-en-Provence, 21 janvier 1999, *Dr.fam.* 2000, n°122.
- Gallmeister (I.), note sous Cass. 3^e civ., 15 février 2000, *LPA* 4 octobre 2001.
- Gallou (L.), obs. sous Cass. 3^e civ., 26 mai 2010, *RLDC* 2010/73, n° 3868.
- Gariazzo (A.), avis sous Ass.plén., 6 octobre 2006, *JCP G* 2006. II. 10181.
- Gaudemet (S.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010, *RDC.* 2011, 928.
- Gautier (Y.-P.), obs. sous Cass. Civ 1^{re}, 30 mai 2000, *RTD.civ.* 2000. 863.
- Gautier (Y.-P.), note sous Paris, 29 janv. 1991, *RIDA* juill. 1991, p. 219.
- Géniaut (B.), obs. sous Cass. Soc., 16 mai 2012, *RDT.* 2012, p.488.
- Génicon (Th.), obs. sous Cass. Soc., 16 mai 2012, *RDC.* 2013, 74.
- Génicon (Th.), obs. sous Cass. Com., 20 septembre 2011, *RDC* 2012, p.407.
- Ghestin (J.), obs.sous Paris, 6 déc. 1969: *JCP* 1971. II. 16796.
- Goubeaux (G.), obs. ss CA Paris, 15 mars 1974 : *JCP G* 1974, II, 17786.

- Gourio (A.), note sous Cass. 3^e 11 mai 2011, *JCP G* 1993. II. 121.
- Grignon (P.), obs. sous Cass. 1^{er} Civ., 26 septembre 2012, *JCP E* 2013, 1003.
- Grillet-Ponton (D.), obs. sous Com. 15 juin 1982, *JCP* 1984. II. 20141.
- Groslière (J.-C.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1997, *RDI* 1998. 109.
- Kenfack (H.), obs. sous Cass. 3^e civ., 24 juin 1998, *D.* 1999, 403.
- Kenfack (H.), note sous Cass. 3^e civ., 31 mars 2005, *JCP* 2005. II. 10157.
- Kenfack (H.), note sous Cass. 3^e civ., 15 janvier 2003, *D.* 2003. 1190.
- Klein (J.), obs. sous Cass. 1^{er} Civ., 26 septembre 2012, *RDC* 2013, p. 565.
- Kullumann (J.), note sous Cass. 2^e civ., 7 mars 2006, *RGDA* 2006, p. 481.
- Kullumann (J.), note sous Cass. 2^e civ., 9 fév. 2012, *RGDA* 2012, 766.
- Kullumann (J.), note sous Cass. 2^e civ., 8 juillet 2010, *RGDA*. 2010, 1121.
- Hauser (J.), note Civ. 1^{re}, 1er déc. 2010, *RTD civ.* 2011. 111.
- Heugas-Darraspen(H.), obs. sous Cass. 3^e civ., 12 septembre 2007,
- Honora (J.), note sous Cass. Com. 25 avril 1989, *Defrénois* 1990. 1218.
- Houtecieff (D.), obs. sous Cass. Soc., 16 mai 2012, *Gaz.Pal.* 2012, n°285, p.17
- Houtecieff (D.), obs. sous Cass. 3^e civ., 30 janvier 2008 , *Gaz. Pal.*, 04 novembre 2010 n° 308, P. 14.
- Houtecieff (D.), note sous Cass. Com., 10 juillet 2007, *CCC* 2007, n°294.
- Jamin (Ch.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *D.* 1999. 197.
- Jourdin (P.), note sous Ass.plén., 6 octobre 2006, *RTD civ.* 2007. 123.
- Lagarde (F.), note sous Cass. Soc., 1^{re} juillet 2009, *D.* 2010.871.
- Laithier (Y.-M.), note sous Cass. Com., 19 décembre 2006, *RDC.* 2007, 273.
- Laithier (Y.-M.), obs. sous Cass. Civ 3^e, 24 avril 2003 *RDC.*2012, 1175.
- Laithier (Y.-M.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010, *RDC.* 2011, p.420.
- Laithier (Y.-M.), obs. sous Cass. 3^e civ., 26 septembre 2012, *RDC* 2013, 58.
- Laithier (Y.-M.), obs.sous Cass. 3^e 11 mai 2011, *RDC* 2011. 1133.
- Larroumet (Ch.), note sous Cass. Com., 19 décembre 2006, *D.* 2007, 344.
- Le Gac-Pech (S.), note sous Cass. Soc., 16 mai 2012, *Gaz.Pal.* 2012, n°201, p.14.
- Legeais (D.), note sous Cass. Com., 19 décembre 2006, *JCP* 2007,II, 10067.
- Legeais (D.), note sous Cass. 3^e civ., 7 novembre 2007, *RTD.com.* 2008, 157.
- Leveneur (L.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *CCC.*2000, 106
- Leveneur (L.), note sous Cass. Civ 1^{re}, 30 mai 2000, *CCC* 2000, n°142.
- Leveneur (L.), note sous Cass. Civ 1^{re}, 30 mai 2000, *CCC.* 2002, n°121.

- Leveneur (L.), note sous Cass. 3^e civ., 22 novembre 1995, *CCC* 1996, n°19.
- Leveneur (L.), note sous Cass. Com., 20 octobre 2000, *CCC* 2001, n°21.
- Leveneur (L.), note sous Cass. 3^e 11 mai 2011, *CCC* 2011, n° 185.
- Leveneur (L.), note sous Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 1992, *CCC* 1993, *comm.* N°43.
- Leveneur (L.), note sous Cass. Com., 10 février 1998, *CCC*. 1998, n°55.
- Leveneur (L.), note sous Cass. Com., 10 juillet 2007, *CCC* 2007, n°294.
- Leveneur (L.), note sous Cass. Com., 7 octobre 1997, *CCC* 1998, n°20.
- Leveneur (L.), note sous Cass. com., 4 janvier 1994, *CCC*. 1994, n° 69.
- Leveneur (L.), note sous Cass. Com. 18 janv. 2011, *CCC* 2011, no 86.
- Leveneur (L.), obs.sous Cass. 3^e civ., 15 janvier 2003, *CCC*. 2003, n° 71.
- Libchaber (R.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 27 novembre 2001, *Defrénois* 2002, 259
- Libchaber (R.), note sous Cass. 1^{re} civ., 16 octobre 2001, *Defrénois*, 2002, n°4, p. 251
- Libchaber (R.), obs. sous Cass. 1^{re} Civ., 16 octobre 2001, *JCP* 2002. I. 134, n° 4.
- Libchaber (R.), obs.sous Cass. 3^e civ., 15 janvier 2003, *Defrénois*, 2003, 852.
- Loiseau (G.), note sous Cass. Soc., 16 mai 2012, *JCP S* 2012, n°30, 1329.
- Loiseau (G.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *JCP* 2001,II, 10461.
- Loussuarn (Y.), obs. sous Cass. com., 11 mars 1968, *RTD civ.* 1971, p. 632.
- Mainguy, (D.), obs. sous Cass. 3^e 11 mai 2011, *D.*2011, 1460.
- Mainguy, (D.), note sous Cass. Com., 10 juillet 2007, *JCP E* 2007. 2394.
- Malaurie (Ph.), note sous Cass. 3^e civ., 22 novembre 1995, *D.* 996, 604.
- Malaurie (Ph.), note sous Cass., sect. Com., 23 juin 1958, *D.*1958.581.
- Mallait-Bricout (B.), obs. sous Cass. 3^e civ., 30 janvier 2008, *JCP* 2008. II. 10116.
- Mallait-Bricout (B.), obs. sous Cass. 3^e civ., 12 septembre 2007, *JCP* 2008. II. 10116.
- Maringha (J.-G.), note sous Cass. 1^{er} Civ., 26 septembre 2012, *LPA* 14 novembre 2012, n°228, p.7.
- Marino (L.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 23 janv. 1996, *JCP* 1997. II. 22800.
- Martel (D.), note sous Cass. 1^{er} Civ., 26 septembre 2012, *D.* 2012, p.2876.
- Martin (A.-C.), note sous Cass. 3^e civ.,12 septembre 2007, *D.* 2008. 329.
- Martin (A.-C), note sous Civ. 3^e, 12 sept. 2007, *D.* 2007. 329.
- Martin (D.), obs.sous Cass. 3^e civ., 15 janvier 2003, *LPA* 4 juin 2004.
- Marty (G.), *RTD.civ.*, 1938, 810.

- Mayaux (L.), note sous Cass. 2^e civ., 22 octobre 2009, *JCP* 2006.I.135.
- Mazeaud (D.), note sous l'arrêt Com. 2 avril 1996, *D.* 1996, p.329.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *Defrénois* 1999. 374.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. Civ 1^{re}, 30 mai 2000, *D.* 2001, *somm.com.*, p1140.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. Civ 1^{re}, 30 mai 2000, *D.* 2002, *somm.com.*, p. 2844.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. Civ 3^e, 24 avril 2003, *RDC* 2003, 42.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. 3^e civ., 24 juin 1998, *Defrénois*, 1998, 36895.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. 3^e civ., 22 novembre 1995, *Defrénois* 1996, 348.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. Com., 20 octobre 2000, *D.* 2001, *Somm.* 3241.
- Mazeaud (D.), obs. Sous Cass. 1^{re} Civ., 16 octobre 2001, *D.* 2002. *Somm.* 2839
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. 3^e civ, 15 décembre 1993, *JCP G* 1995, II, 22366.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1993, *Defrénois* 1994. 358.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. 3^e 11 mai 2011, *D.*2011. 1475.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. Com., 10 juillet 2007, *RDC.* 2007, 1110.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. 3^e civ., 15 février 2000, *Defrénois* 2000. 1379.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. com., 25 avril 2001, *D.* 2001, *Somm.* 3237.
- Mazeaud (D.), obs.sous Com. 2 avr. 1996, *D.* 1996. *Somm.* 329.
- Mazeaud (D.), obs. sous Com. 14 oct. 1997, *Defrénois* 1998. 328.
- Mazeaud (D.), obs.sous Cass. Com. 3 juin 2003, *RDC* 2004. 930.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 16 octobre 2001, *D.* 2002. *Somm.* 2839.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. , ass. plén., 6 oct. 2006, *RDC* 2007. 269.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. 3^e civ., 8 décembre 1999, *Defrénois* 2000. 254.
- Mazeaud (D.), obs.sous Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 2004, *RDC* 2004. 925.
- Mazeaud (D.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, *Defrénois* 1996. 757.
- Mekki (M.) et Mekki (S. M.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010, *D.* 2012, p.459.
- Mekki (M.), note sous Cass. Soc., 1^{re} juillet 2009, *JCP G* 2009, n°574,.
- Mestre (J.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *RTD.civ.* 1999. 374.
- Mestre (J.), obs. sous Cass. 3^e civ., 22 novembre 1995, *RTD.civ* 1997, 128.
- Mestre (J.), obs. *RTD. Civ.* 1984, p.714.
- Mestre (J.), obs. sous Cass. 3^e civ., 4 fév. 1987, *RTD. Civ* 1988, p. 542.
- Mestre (J.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 1983, *RTD.civ.*, 1984, 714.
- Mestre (J.), obs. sous Cass. Com. 6 févr. 1996, *RTD civ.* 1996. 613.
- Mestre (J.), obs. sous Cass. com., 4 janvier 1994, *RTD civ.* 1994, 352,

- Mestre (J.), obs. sous Cass. com., 7 avril 1998, *RTD civ.* 1999, 79.
- Mestre (J.), obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1990, *RTD civ.* 1991. 333.
- Mestre (J.), obs. sous Cass. , ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *RTD civ.* 1996. 153.
- Mestre (J.), obs.sous Cass. Civ. 3^e, 5 déc. 1984, *RTD civ.* 1985. 372.
- Morin (M.), note sous Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 1988, *Deffrénois* 1988, 34335.
- Morvan (P.), note sous Cass. Soc. 18 septembre 2002, *JCP G* 2003, I, 130, n^o2.
- Mouserron (P.), obs. sous Cass. Com., 20 septembre 2011, *JCP E* 2012, n^o 2, 1027.
- Mousseron (P), obs. sous Civ. 1^{re}, 18 mars 1997:CP N 1998. 705, n^o 8
- Neau-Leduc (Ph.), obs.sous Cass. 1^{re} civ., 13 février 2001, *JCP E* 2002. 640, n^o5.
- Paisant (G.), obs. sous Cass. 3^e civ., 13 octobre 1993, *D.* 1994. *Somm.* 231.
- Paisant (G.), obs. sous la CA de Paris, 22 Octobre 1991, *D.*1993. *Somm.* 234.
- Paisant (G.), obs.sous *CJCE*, 1^{er} Ch., 3 septembre 2009, *JCP G* 2009, 459.
- Pauline (P.), obs. sous Cass. 3^e civ., 26 mai 2010, *RLDC* 2010/78, n^o 4032.
- Pélicier (J.), note sous Cass. Soc., 10 juillet 2002, *D.*2002, *Somm.* 3111.
- Piedelièvre (S.), note sous Cass. Civ. 1^{re} , 28 mars 2000, *D.*2000, p.482
- Piedelièvre (S.), note sous Cass. Civ. 1^{re}, 27 novembre 2001, *JCP.* 2002, II., 10050.
- Piedelièvre (S.), note sous Cass. Com., 19 décembre 2006, *Gaz.Pal.* 2007, 1903.
- Piedelièvre (S.), obs. sous Cass. 3^e civ., 30 janvier 2008 , *JCP N* 2008. 1197, n^o 6.
- Piedelièvre (S.), obs. sous Cass. 3^e civ., 15 févr. 2006, *JCP N* 2006. 1278, no 3.
- Pimont (S.), obs.sous *CJCE*, 1^{er} Ch., 3 septembre 2009, *RDC* 2010, p.113.
- Planckel (F.), obs. sous Civ. 3^e, 26 mars 2013, *AJDI* 2013. 755.
- Pollaud-Dulian, (F.), Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *D.* 1992. *Somm.* 15.
- Pringent (S.), obs. sous Cass. 3^e civ., 14 octobre 2009, *AJDI.* 2010, 324.
- Radé (Ch.), obs. sous Cass. Soc. 18 septembre 2002, *RDC* 2003. 150.
- Raoul-Cormeil (G.), obs.sous Cass. 1^{re} civ., 30 novembre 2004, *Deffrénois* 2005, 761.
- Raymond (G.), note sous Cass 1^{re} civ., 7 janvier 1997, *CCC.* 1997, n^o68.
- Raymond (G.), note sous Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 1992, *D.* 1992, *IR* 99.
- Rémy (Ph.), note sous Cass. Civ 1^{re}, 20 juill. 1981, *RTD.civ.*, 1982, 427.
- Rémy (Ph.), obs. sous Cass. 3^e civ., 18 juillet 1986, *RTD.civ.* 1987, 109.
- Rochfeld (J.), obs. sous Cass. Civ 1^{re}, 13 février 2001, *JCP* 2001, I, 330, n^o5 s.
- Rochfeld (J.), obs. sous Cass. 1^{re} Civ., 16 octobre 2001, *JCP* 2002. I. 134.
- Rondey (C.), obs. sous Cass. 3^e civ., 6 juillet 2005, *D.* 2005. AJ 2145.
- Rousset (G.), obs.sous *CJCE*, 1^{er} Ch., 3 septembre 2009, *JCP E* 2010, 2168.

- Sainte-Rose, concl. sous Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, JCP E, 1383
- Savaux (E.), note sous Cass. Com., 19 décembre 2006, *Defrénois* 2007. 448.
- Savaux (E.), note sous Cass. 3^e civ., 12 septembre 2007, *Defrénois* 2007. 1745.
- Savaux (E.), notes sous Cass. 3^e civ., 7 novembre 2007, *Defrénois* 2007, p.1744.
- Savaux (E.), note sous Cass. Com., 10 juillet 2007, *Defrénois* 2007, 1454.
- Savaux (E.), note sous Cass. Com. 18 janv. 2011, RDC 2011. 812.
- Savaux (E.), note sous Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, *Defrénois* 2001. 696.
- Savaux (E.), note sous Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2001, *Defrénois* 2001. 1425.
- Serra (Y.), note sous Cass. Soc., 10 juillet 2002, *D.*2002. 2491.
- Serra (Y.), note sous Cass. Soc. 18 septembre 2002, *D.* 2002. 3229.
- Seube (J.-B.), obs. sous Ass.plén., 6 octobre 2006, RDC 2007. 375.
- Silmer (Ph.), obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 1er déc. 2010, JCP 2011,n°503.
- Sirinelli (P.), note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *RIDA* janv. 1992, p. 272
- Stoffel-Munck (Ph.), note sous Cass. Com., 10 juillet 2007, *D.*2007. 2839.
- Stoffel-Munck (Ph.), obs. sous Com. 6 mars 2007, ; JCP 2007. I. 185.
- Stoffel-Munck (Ph.), obs.sous Cass. Com., 10 juillet 2007, *Dr. et patr.*, 2007, 94.
- Taisne (J.-J.) , note sous l'arrêt de la 3^e civ, 11 mai 1976, *D.* 1978, p.269.
- Théry (Ph.), note sous Cass. Com., 19 décembre 2006, *Defrénois* 2008, 409.
- Toujat (G.), note sous L'arrêt d'appel Toulouse, 29 novembre 1949, *JCP G*, 1950, II, 5342.
- Tournafond (O.), obs. sous Cass. 3^e civ, 15 décembre 1993, *D.*1994, *Somm.*230.
- Vareilles (B.), obs. sous Cass. 1^{er} civ., 1^{er} décembre 2010, *RTD civ.* 2011, p.379.
- Vatinet (R.), obs. sous Cass. Soc., 10 juillet 2002, *Dr.soc.* 2002, 954.
- Vatinet (R.), obs. sous Cass. Soc. 18 septembre 2002, *Dr.soc.* 2002. 1007.
- Viney (G.), note sous Ass.plén., 6 octobre 2006, *D.*2006. 2825.
- Willmann (Ch.), note sous Com. 14 oct. 1997, *D.* 1999. 103.

Index

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

- A**
- Exécution forcée du contrat, 301 et s.
- Abus,
- La mise en œuvre de la condition, 158
 - Usage du droit de repentir, 267 et s.
- Acompte, 18, 176 et s.
- Action oblique, 8
- Arrêt directeur, 13
- Arrhes (définition), 17 et s.
- Arrhes-débit,
- Champs d'application, 65 et s.
 - Les effets juridiques, 71
 - Présomption légale, 111.
 - Rôle du mécanisme, 146 et s.
 - contrôle de la potestativité, 163 et s
 - dédit gratuit, 165.
 - Clause abusive, 167 et s.
 - La renonciation de la faculté, 254 et s.
- Arrhes-exécution,
- Définition, 80 et s.
 - Les conditions d'admission, 213 et s.
 - Résolution du contrat, 300
- Arrhes-formation, 19, 22.
- Arrhes-preuve, 23.
- Arrhes-promesse,
- Définition, 80 et s.
 - Les conditions d'admission, 226 et s.
 - Articulation avec les dommages-intérêts, 331
- Arrhes-résolution,
- Champs d'application, 67 et s.
 - Les effets juridiques, 72 et s.
 - Articulation avec la clause pénale, 322 et s.
 - Articulation avec les dommages-intérêts, 333

B

- Contrôle des droits potestatifs, 160 et s.

Bonne foi

- Notion en droit chinois, 7
- Négociation, 233
- Contrôle du dédit, 280 et s.

Condition suspensive,

- L'article 1178 du Code civil, 240 et s.
- L'article L.312-16 du Code de la consommation
- La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition, 245 et s.

C

Clause pénale

- Distinction avec la clause de dédit, 197
- La requalification de la clause de dédit, 198 et s.
- Révision judiciaire, 200 et s. (en droit français); 316 et s. (en droit chinois)
- La notion (en droit chinois et en droit français), 309 et s.
- Les fonctions, 312 et s.
- Les conditions de la mise en œuvre, 314 et s.

- Prorogation de la condition suspensive

Contrat-relation et contrat-source

- Le rôle de la volonté, 88 et s.
- Le facteur temps, 97 et s.

Contrat réel

- Notion (en droit français), 30 et s.
- Notion (en droit chinois), 33 et s.
- Le caractère réel de la convention d'arrhes, 36 et s.
- La promesse du contrat réel, 43 et s.

Clause de réserve de propriété, 55.

Clause résolutoire, 123 et s.

Condition potestative

- La thèse classique, 150
- La thèse moderne, 151
- Critiques doctrinales, 152 et s.
- La confirmation de la liberté contractuelle, 156 et s.
- Incertitude des conditions mixtes, 157 et s.

D

Dédit-formation, 193.

Distinction entre la formation et l'exécution du contrat, 99, 101,

Dommages-intérêts

- responsabilité civile précontractuelle, 325 et s.
- responsabilité civile contractuelle, 327 et s.

Droit de rétention, 54.

Droit discrétionnaire,

- domaine, 270
- Justification, 271 et s.
- La clause de dédit,

E

Equité

- Notion en droit chinois, 9
- Imprévision, 117.

Exécution forcée en nature, 75 et s.

Exigence de l'écrit

- articulation avec le caractère réel des arrhes, 40 et s.
- L'article 36 de la *LCC*, 41.

F

Force majeure, 118 et s.

Formants, 11

I

Imprévision 113 et s.

Intangibilité du contrat

- Principe, 105
- Tempéraments, 107 et s.

Interprétation judiciaire

- Notion, 13
- Rôle, 13

L

Langue, 7

M

Méthode du droit comparé

- Approche fonctionnelle, 15
- Analyse différentielle, 15

Mécanisme des arrhes (la perte ou la double restitution des arrhes), 47 et s., 141 et s.

Montant (des arrhes)

- Importance, 183 et s.
- Contrôle en droit chinois, 186 et s.
- Contrôle en droit français,

O

Obligation de motivation, 283 et s.

Occidentalisme juridiques,

- Forme officielle, n°4
- Forme anti-officielle, n°4

Orientalisme juridique, n°3.

P

Pragmatisme,

- droit chinois, 14, 56,
- Common law 14,

Présomption,

- des arrhes-exécution, 176
- L'article 1590, 179 et s.

Prérogative contractuelle, 287 et s.

Promesse unilatérale de vente, 199, 265.

Q

Qualification des arrhes

- en droit chinois, 172 et s.
- en droit français, 175 et s.

R

Règle suppletive, 179.

Résolution,

- Risque d'inexécution, 122
- Inexécution anticipée, 121
- droit discrétionnaire de résolution,
125 et s.

S

Sûreté sur l'argent

- Les arrhes, 49 et s.
- Le gage-espèces, 55, 58 et s.
- Exclusivité, 53.

T

Terme potestatif, 159



Résumé :

En choisissant les arrhes comme objet de comparaison entre le droit français et le droit chinois, la présente étude entend montrer le lien entre la technique juridique et la fonction juridique d'une part, la relation entre la fonction d'une institution et son régime juridique d'autre part.

Le mécanisme et la fonction sont deux composantes distinctes de la convention d'arrhes. Les deux systèmes juridiques (la France et la Chine) connaissent le même mécanisme, les fonctions juridiques des arrhes s'éloignent cependant considérablement. Il y a en même temps une interdépendance entre ces deux éléments. D'une part, la fonction des arrhes détermine le rôle joué par le mécanisme. De l'autre côté, l'efficacité de la fonction juridique dépend largement du mécanisme sur lequel elle s'appuie.

La divergence fonctionnelle des arrhes se répercute nécessairement sur le régime de cette convention. En premier lieu, le problème du contrôle juridique se pose dans des termes différents. En second lieu, les effets juridiques du jeu des arrhes ne sont pas les mêmes en présence de différentes fonctions. La présente étude montre la nécessité d'assurer une adéquation entre la fonction poursuivie et le régime adopté.

À travers l'étude des arrhes, nous entendons survoler les deux systèmes juridiques dans leur ensemble, afin d'une part de permettre aux lecteurs français de mieux connaître le droit chinois, et d'autre part de mettre en lumière les divergences qui séparent les deux pays. L'exploitation de la jurisprudence chinoise constitue d'ailleurs une originalité marquée de la présente étude.

Descripteurs : Arrhes, acompte, clause pénale, condition potestative, dédit, droit comparé, fonction juridique, mécanisme juridique, régime juridique



Title and Abstract :

Earnest Money : A Franco-Chinese comparative study

By choosing the earnest money as the subject of comparison, the present study tries to illustrate the relationship between the legal technique and the legal function on the one hand, between the function of a legal institution and its legal regime on the other.

The technique and the function are two distinct components of the deposit. The technique of deposit is the same in the two contrary, whereas its functions differs a lot. At the same time, there is an interdependance between those two elements. The function of the deposit determines the role played by the technique. In return, the efficiency of the function depends on the legal technique used.

The functional difference also has an impact on the legal regime of the earnest money. Firstly, the problem of judicial control of the clause are not solved in the same way. Secondly, the legal effets produised by the contract of deposit varies according to the its different functions. The present study shows the necessity to assure the adequacy between the function of a institution and its legal regime.

Through this research, we intend to provide an overview of the two legal systems, in order not only to give the french readers a complete picture about Chinese law, but also to bring to light the divergences which seperate French law and Chinese law. The massive use of the chinese courts' decisions constitute a remarquable feature of the present work.

Keywords : earnest money, down payment, penalty clause, potestative condition, forfeit, comparative law, legal function, legal technique, legal regime

|